

**”Må boet lide tap for å omstøte etter de objektive
omstøtelsesregler”**

Kandidatnummer: 504
Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 14.456 ord

24.11.2007

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstillingen	1
1.2	Presentasjon av de objektive omstøtelsesregler og hensynene bak dem	3
1.2.1	- Grunnleggende hensyn bak de objektive regler	5
1.2.2	- Rettstekniske hensyn	7
1.3	Rettstilstanden og historikk bak tapsproblematikken	8
1.4	Et par korte linjer til svensk og dansk rett	10
1.5	Avgrensning	11
2	TYPETILFELLER I RELASJON TIL OMSTØTELSESREGELEN I DEKNL. § 5-5	12
2.1	Gjeldsnedbetalning til separatistberettiget kreditor	12
2.1.1	- Typetilfellet i forhold til berikelsesregelen	13
2.1.2	- Kort innføring i de forskjellige omstøtelsesgrunnlag i deknl. § 5-5	16
2.1.3	- Typetilfellet i forhold til de enkelte omstøtelsesgrunnlag i deknl. § 5-5	18
2.1.4	- Betaling med usedvanlig betalingsmiddel til en separatistberettiget kreditor	18
2.1.5	- Betaling før normal betalingstid til en separatistberettiget kreditor	20

2.1.6	- Betaling med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne til en separatistberettiget kreditor	22
2.2	Den normale betalingstid kommer før konkursåpning	23
2.3	Kreditor yter ny kreditt i forbindelse med betalingen	28
2.4	Debitors innfrielse med beslagsfrie midler	34
2.5	Debitors betaling ved trekk på kassakreditt	35
2.6	Debitors betaling ved kredittytelse fra tredjemann	39

3 TYPETILFELLER I RELASJON TIL OMSTØTELSESREGELEN I DEKNL. § 5-7 43

3.1	Konvertering av pant	43
-----	----------------------	----

4 KONKLUSJON 46

5 LITTERATURLISTE 48

5.1	Lover	48
5.2	Forarbeider	48
5.3	Dommer	48
5.3.1	Høyesterett	48

5.3.2	Lagmannsrett	49
5.4	Juridisk teori	49

1. Innledning

1.1 Problemstilling

Hovedintensjonen med denne avhandling er å få kartlagt om det følger et tapsrekvisitt av de objektive omstøtelsesregler i dekningsloven av 8. juni 1984 nr 59.¹

Årsaken til at problemstillingen tas opp i denne avhandling er fordi et tapsvilkår ikke direkte fremgår av omstøtelsesbestemmelsene, samt at rettspraksis ikke direkte kan sies å ha endelig avklart rettsstilstanden vedrørende om boet må lide tap for å kunne omstøte etter de objektive regler.

Det er på det rene at de disposisjoner debitor foretar seg forut for en konkurs og som kan omstøtes etter de objektive regler, isolert sett medfører at boet lider et tap. La oss tenke oss at en usikret kreditor kort tid før konkursåpning mottar betaling fra debitor med ”usedvanlige betalingsmidler” jfr dekn. § 5-5 første ledd første alternativ. Debtors innfrielse før konkurs vil her medføre at boet får en forringelse av dets aktivastilling slik at kreditorfellesskapet kan sies og ha lidt et tap gjennom debtors handling. Tapsproblematikken vil således ikke aktualiseres.

Når jeg i denne oppgaven taler om tap vil dette underforstått gjelde kreditorfellesskapets økonomiske tap på disposisjonstidspunktet.^{2 3} I eksemplet i forrige avsnitt vil således

¹ Begrepet ”tapsrekvisitt” anvendt i NOU 1993:16, er hentet fra Sverige og er tilnærmet synonymt med vilkår.

² Omstøtelse begrenset til kreditorfellesskapets tap diskutert i NOU 1993:16 s 122. Også diskutert av Johnny Johansen i LoR 1996 s 240 som hevder at boet ikke har adgang til å kreve erstatning for særtap som den enkelte kreditor er påført og at forslaget i NOU 1993:16 om ny bestemmelse i dekn. § 5-1 er i tråd med gjeldene rett.

³ Det legges til grunn ved tapsvurderingen at utgangspunktet må være disposisjonstidspunktet. Et motargument mot et slikt synspunkt vil være at konkursåpningstidspunktet er et mer gunstig tidspunkt for

”tapet” utgjøre differansen mellom den innfridde fordrings pålydende og den påregnelige dividenden som tillå kreditor.

For å kunne belyse tapsproblematikken, må vi se partenes totale økonomiske relasjon samlet. Vi løfter således blikket fra debtors isolerte tapsbringende handling og ser forholdet mellom debitor og kreditor i sammenheng. Det vil da kunne tenkes at debtors innfrielse ovenfor kreditor ut i fra en slik vurdering ikke kan sies å ha påført boet noe tap.

La oss tenke oss at debitor rett før konkurs innfrir en separatistberettiget kreditor med ”usedvanlige betalingsmidler” jfr dekl. § 5-5 første ledd første alternativ. En slik innfrielse fra debitor medfører en ombytting av verdier igjennom at kreditor slipper sin sikkerhet til fordel for boet. Ser vi debtors innfrielse isolert, vil denne medføre tap og en omstøtelsesadgang for boet ved at kreditor i dette tilfellet er blitt ”beriket” gjennom debtors disposisjon jfr dekl. § 5-11. Men ser vi partenes disposisjoner i sammenheng, vil det verken kunne sies at boet har lidt noe tap eller at kreditor har blitt ”beriket” ved debtors disposisjon jfr dekl. § 5-11.

Et relevant spørsmål ved en slik transaksjonsbetraktning er i så henseende hvorfor boet skal ha en interesse av en omstøtelsesadgang da de ikke er påført noe tap?

Boets interesse i en omstøtelsesadgang på tross av at det ikke kan sies å ha lidt et tap ut fra sammenhengen, kan belyses ved det tilfellet der den separatistberettigede kreditor mottar betaling av debitor med ” beløp som betydelig har forringet hans betalingsevne” jfr dekl. § 5-5 første ledd tredje alternativ. Boet kan i medhold av tredje alternativ velge å omstøte disposisjonen hvis kreditors sikkerhet er tilknyttet et tungt omsettelig objekt. Boet vil her få tilgang til likvide penger samtidig som de skyver en realisasjonsbyrde over på kreditor.⁴

tapsvurderingen da man lettere kan konstatere hvilke verdier som kunne gått inn i bomassen. At en gjenstands verdi på konkurstidspunktet skal legges til grunn slås også fast av Francis Hagerup i hans bok ”konkurs og akkordforhandling” s 216. Likevel taler partenes forutberegnlighet for å legge vurderingen til disposisjonstidspunktet. Også det forhold at berikelsesvurderingen i dekl. § 5-11 legger til grunn disposisjonstidspunktet ved vurderingen taler således for å anlegge tilsvarende betraktning i dette tilfellet.

⁴ Tilsvarende argument fremkommer av Reidar Myhre i TfR 1992 s 99 andre avsnitt.

Min innfallsvinkel til denne avhandling vil være om det følger et generelt tapsrekvisitt av de objektive regler. Som nevnt ovenfor vil tapsproblematikken kun aktualiseres i de tilfeller der vi kan se partenes disposisjoner i sammenheng. Det første spørsmål blir således om en slik synsvinkel kan anlegges etter de objektive regler. Vurderingstemaet blir deretter om manglende tap for boet begrenser boets omstøtelsesadgang. Denne tapsproblematikk vil primært bli belyst igjennom berikelsesregelen i dekn. § 5-11. Jeg vil her stille spørsmålet om det foreligger en omstøtelsesadgang for boet i de tilfeller der kreditors ”berikelse” og dermed boets tap utgjør null. Besvares dette benektende vil et tapsrekvisitt kunne sies å følge av denne bestemmelse.

Subsidiært vil tapsproblematikken diskuteres mot dekn. §§ 5-5 og 5-7 i den hensikt å kartlegge om det allerede av disse bestemmelsene følger et tapsrekvisitt.

En slik gjennomgang vil avslutningsvis munne ut i en hovedkonklusjon om det virkelig følger et generelt tapsvilkår av de objektive regler.

1.2 Presentasjon av de objektive omstøtelsesreglene og hensynene bak dem.

I tiden før konkursdebitor slås konkurs har ofte hans økonomiske situasjon vært svekket. I denne perioden vil de disposisjoner som debitor foretar kunne få økonomiske følger for fordringshaverne til debitor, ved at deres dekningsmuligheter kan forringes. En forringelse kan bestå i disposisjoner der konkursdebitor øker boets passiva, begunstiger en fordringshaver eller forringer boets aktivastilling. Som en følge av dette er det gitt regler om omstøtelse i dekningsloven kapittel 5. Omstøtelsesreglene er en reparasjonsadgang som gir boet muligheten til å omgjøre/sette til side konkursdebitors disposisjoner slik at disse tilfaller boet. En slik omstøtelsesadgang kommer i tillegg til de andre rettsgrunnlag som

boet kan anføre ved disposisjonen, dette kan være ugyldighetsinnsigelser, proforma eller manglende rettsvern⁵.

Majoriteten av de omstøtelsesregler vi har er av objektiv karakter, men det foretas en hovedsondering mellom objektive og subjektive regler. Fra §§ 5-2 til 5-8 er de av objektiv karakter og § 5-9 er av såkalt subjektiv karakter.

Sondringen mellom omstøtelse etter de objektive regler og omstøtelse etter de subjektive regler knytter seg til betydningen av medkontrahentens/den begunstigedes parts forhold. Dette kommer til uttrykk i aktio Pauliana regelen i dekl. § 5-9 som forutsetter for omstøtelse at den begunstige kreditør var i ond tro hva angår debtors svake økonomi og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig eller illojal.⁶

I tillegg oppstiller dekl. § 5-9 vilkår om at skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen. Disposisjonen må på en utilbørlig måte ha begunstiget en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndratt skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne, eller ha forøket skyldnerens gjeld til skade for dem.

Det kan sies at i de ovennevnte vilkår eksemplifiseres et tapsvilkår, dette er også sikker rett.⁷

Den subjektive omstøtelsesregel i dekl. § 5-9 legger opp til bevisførsel rundt tolkningsmomenter av subjektiv karakter og kan være prosesskapende og retts teknisk

⁵ Rettsvern i vid forstand forstås slik at tredjemannsrett er vernet mot konkurrerende rettighetshavere og konkurs. Det forutsettes derfor at gyldig rettsvern akt er foretatt og at denne også er uomstøtelig i forhold til dekningslovens regler. Rettsvern i snever forstand omfatter som nevnt kun gyldig rettsvern ovenfor konkurrerende rettighetshavere.

⁶ Se Pål B. Børresen, konkurs s 159 flg, Andenæs, Konkurs kapittel 22.

⁷ Andenæs, Konkurs s 289-290. Jf Ot. Prp nr 26 1998-1999.

vanskelig og praktisere. Siden det er boet som har bevisbyrden ved omstøtelse tilsier dette at mange tilfeller går klar etter denne regelen.⁸

Grunnet den vanskelige bevissituasjonen som den subjektive regel oppstiller besluttet lovgiver å gi hjemmel for omstøtelse på objektivt grunnlag for å øke kreditorenes vern⁹.

De objektive omstøtelsesregler ble formulert slik at de i hovedsak ikke legger opp til en bevisførsel omkring debtors økonomiske stilling ved disposisjonen, med visse modifikasjoner vedrørende disposisjoner til nærstående. Bevisførsel omkring den begunstigedes subjektive kunnskap om disposisjonen utilbørlighet og skyldnerens svekkede økonomi ble også utelatt.¹⁰

Slik reglene er utformet oppstiller omstøtelsesreglene en adgang til å omstøte i visse konkrete oppregnede situasjoner som presumptivt skal representere disposisjoner av illojal karakter. Dette vil medføre at disposisjoner som ikke kan betegnes som illojale eller kreditorskadelige kan omstøtes hvis de bare dekkes av ordlyden i bestemmelsen.

1.2.1 Grunnleggende hensyn bak omstøtelsesreglene

Når vi skal ta stilling til om det kan oppstilles et generelt tapsvilkår, er det viktig å belyse de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldene i tilknytning til de objektive regler. Disse regler hviler på to grunnprinsipper som kan betegnes som prinsippet om likhet og eiendomsprinsippet.¹¹

Likhetsprinsippet går ut på at kreditorene skal behandles likt slik at ingen skal forfordes på bekostning av andre kreditorer i samme stilling. Omstøtelsesreglene skal søke å ivareta

⁸ Se Andenæs, konkurs kap 22.4.

⁹ NOU 1972:20 281-282

¹⁰ Andenæs, konkurs s 217

¹¹ Begrepsbruk hentet fra Johnny Johansen i LoR 1996 s 240

dette hensyn gjennom å motvirke at debitor gjennom sine disposisjoner kan danne grunnlaget for sin egen fordeling til spesielt utvalgte kreditorer. En positiv konsekvens av et slik nedfelt prinsipp i konkurslovgivningen er at dette kan medføre ett kredittskapende element da kreditorene er sikret et vern gjennom likebehandling ovenfor de andre kreditorer.

Eiendomsprinsippet baserer seg på en forutsetning om at debitor kort tid før konkurs driver for kreditorenes regning. Disposisjoner han foretar i denne periode går derfor direkte av kreditorenes lomme slik at disse blir skadelidende. Disposisjoner av en slik karakter må da kunne omstøtes.¹²

Hvis vi ser et tap for boet som et vilkår for omstøtelse, vil dette være i tråd med det nevnte eiendomsprinsipp. Har ikke debtors disposisjon medført et tap for kreditorfellesskapet har det heller ikke på en urettmessig og illojal måte blitt beføyet over kreditorenes midler.

Ser vi tapsvilkåret i lys av likhetsprinsippet, vil vi kunne si at et tapsvilkår ikke direkte følger av dette prinsipp. Skjer det en forfordeling av *andre* enn kreditorene slik at dette påfører boet tap vil de resterende kreditorer fortsatt være sikret en likebehandling.¹³

Ser vi de to grunnleggende hensyn i et vidt perspektiv, springer det ut av disse to underliggende hensyn. Hensynet til boets reparasjonsadgang og den preventive funksjon. En reparasjonsadgang gir boet mulighet til omstøtelse av disposisjoner som har vært skadegjørende for kreditorfellesskapet. Begrunnelsen for en slik adgang ligger i dagen, nemlig at boet skal ha lidt et tap. Således vil et tapsvilkår være i harmoni med denne gitte adgang.

Den preventive funksjon går ut på at omstøtelsesreglene skal hindre at debitor og kreditor foretar disposisjoner som er kreditorskadelige. Men et viktig formål med reglene i så henseende er at de også skal beskytte debitor mot påvirkning fra enkelte kreditorer.

¹² Informasjon vedrørende de to prinsipper er hentet fra Johnny Johansen LoR 1996 s 237

¹³ Argument hentet fra Johnny Johansens artikkel i LoR 1996 s 237

For at reglene skal ha en utpreget preventiv funksjon forutsetter kunnskap og at de er lette og praktisere.

1.2.2 Rettstekniske hensyn

Ved innføringen av de objektive regler var et viktig argument fra lovgiver at disse skulle være rettsteknisk enkle og praktisere og således hindre prosess.¹⁴ Det ble derfor utarbeidet et omstøtelsesinstitutt der bevismomenter vedrørende kreditors onde tro ble sløyfet og erstattet med enkelte presumptivt kreditorskadelige tilfeller som kunne omstøtes. En konsekvens av dette er at de disposisjoner som fyller vilkårene kan omstøtes uansett om de ikke kan betegnes som illojale. Dette ble gjort for å lette boets bevisbyrde da lovgiver så at beviskravene i dekl. § 5-9 i mange tilfeller skapte et bevismessig problem for boet, slik at mange illojale disposisjoner ble stående. Kreditorene har således fått et ytterligere vern gjennom disse reglene.¹⁵

Hvis det oppstilles et generelt vilkår om tap for boet etter de objektive regler vil dette i noen tilfeller bety en økt bevisbyrde for boet som vil slå bena under de rettstekniske hensyn. La oss tenke at debitor innfrir en kreditor ved prematur betaling forut for en konkurs og at den normale betalingstid likevel kommer før konkursåpning. Statuerer vi et generelt tapsvilkår etter de objektive regler, vil dette åpne for bevisførsel vedrørende skyldnerens solvens og betalingsvillighet, noe som vil kunne komplisere boets praktisering av reglene.¹⁶

¹⁴ NOU 1972:20 s 282

¹⁵ NOU 1972:20 s 282

¹⁶ Tematikken er diskutert nærmere i Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 573 petit avsnitt. Se også Reidar Myhre i TfR 1992 s 108. Dette moment behandles også mer inngående i min avhandling under kapittel 2.2

1.3. Rettstilstand og Historikk bak tapsproblematikken.

Lov om Concurs og Concursboers Behandling av 6. juni.1863 hadde regler om objektiv omstøtelse i §§ 42 til 49, deriblant omstøtelser av betalinger av gjeld med usedvanlige betalingsmidler og betaling før forfall.¹⁷ Både denne lov og dens forarbeider er tause vedrørende tapsvilkåret.

Ved konkurslovreformen av 1984 ble omstøtelsesreglene i den ovennevnte lov erstattet av reglene i nå gjeldene dekningslov kapittel 5. Disse kan nå sies å gi en samlet regulering av adgangen til å omstøte på objektivt grunnlag. Siden omstøtelsesreglene i dekningsloven i store trekk er en kodifisering av eldre regler er eldre rettspraksis ennå relevant.¹⁸

Dekningsloven bygger hovedsakelig på en innstilling konkurslovutvalget avga i 1972 etter et nordisk lovsamarbeid som har resultert i at det for mange bestemmelser foreligger stor grad av rettsenhet.^{19 20 21} Det kan da være naturlig å se hen til disse lands gjeldene rett ved klargjøring av tapsvilkåret.

I de lovforlag som forelå forut for revisjonen av dekningsloven av 1984 er ikke tapsvilkåret omtalt.²²

Først ved en revisjon av dekningsloven av 1984 som er inntatt i NOU 1993:16 ”Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.” ble tapsvilkåret diskutert i relasjon til de objektive omstøtelsesregler. Utvalget som foresto revisjonen gikk under navnet Falkangerutvalget. Utvalget foreslo i denne innstillingen at det skulle innføres et generelt tapsvilkår ved omstøtelse på objektivt grunnlag, da de anså det som usikkert om et slikt

¹⁷ Arne Tjaum og Jan Einar Bo, Dommer i materiell konkursrett s 15. Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 1 s 60. Se også NOU 1972:20 s 282

¹⁸ Andenæs, Konkurs s 215

¹⁹ NOU 1972:20

²⁰ Tatt inn i NOU 1993:16. s 10 venstre spalte

²¹ Tematikken diskuteres av Huser, Gjeldsforhandling og konkurs s 220.

²² Ot prp nr 50 (1980-81) og Ot prp nr 39(1982-83)

vilkår kunne oppstilles på ulovfestet grunnlag.²³ Utvalget begrunnet innkorporasjonen av et slikt vilkår med at det ville være urimelig at boet kunne omstøte uten å ha lidt tap og at en slik adgang ikke var forenlig med omstøtelsesreglens formål som nettopp er å ”beskytte de alminnelige kreditorer mot skadelige disposisjoner”.^{24 25} De mente på grunnlag av dette at en adgang til omstøtelse der boet ikke hadde lidt tap gikk lengre en formålet med reglene skulle tilsi.

Falkangerutvalgets innstilling ble forkastet av departementet i Ot. prp. nr 26 av 1998-1999. Et viktig argument mot forslaget var at lovfesting av et slikt vilkår ville kunne være prosesskapende. Departementet utdypet dette ved å presisere at de objektive omstøtelsesreglene etter sitt formål var ment å representere en retts teknisk forenkling av bevis og tolkningstemaene i forhold til dekl. § 5-9, der medkontrahentens onde tro samt bevisførsel rundt skyldnerens solvens oppstilles. En annen innvending var at tapsvilkåret var uklart og at betydningen av et generelt tapsvilkår var begrenset ved at man kan nå fram til samme resultat ved andre hjemler, herunder gjennom ordinær reservasjonen i dekl. § 5-5 og berikelsesregelen i dekl. § 5-11.

Som en konsekvens av dette fremkommer det ikke eksplisitt ut i fra lovens ordlyd eller forarbeidene at det oppstilles et vilkår for omstøtelse at boet må ha lidt et tap.

De rettsavgjørelser som foreligger kan heller ikke sies å ha avklart situasjonen vedrørende om det kan oppstilles et slikt vilkår eller ”tapsrekvisitt”.²⁶ Problematikken har vært oppe i noen Høyesterettsavgjørelser, herunder Rt 1995 s 222 og Rt 1995 s 259 uten en konkret avgjørelse. Disse avgjørelser vil behandles nærmere nedenfor.²⁷

Juridisk teori synes meget tilbakeholdne til en generell lovfesting av et slikt tapsvilkår. Kristian Huser uttaler i sin lærebok ” *etter mitt skjønn er vårt regelverk for så vidt*

²³ NOU 1993:16 s112-113

²⁴ NOU 1993:16 s113-114

²⁵ NOU 1972:20 s 281

²⁶ Rt 1995 s 222, Rt 1996 s 1647. Rt 1995 s 285

²⁷ Se min avhandling kapittel 2.5

*tilfredstilene når det gjelder vilkårene for omstøtelse.... ,og det ville kunne føre til utilsiktede virkninger hvis man begynte å pirke i det finmaskede og kompliserte regelverket som etter hvert har bygget seg opp”.*²⁸ Andenæs ofrer problemstillingen begrenset plass, men er åpen for at dette må bero på en konkret tolkning av hver omstøtelsesregel.²⁹ Reidar Myhre og Johnny Johansen konkluderer med at et tapsvilkår ikke kan oppstilles på et generelt grunnlag, men at det i noen typetilfeller kan oppstilles og innefortolkes et slik tapsrekvisitt.^{30 31}

1.4 Et par korte linjer til svensk og dansk rett

Som omtalt over så bygger den någjeldene dekningslov på et nordisk lovsamarbeid som har resultert i en viss grad av rettsenhet. Det vil derfor være naturlig å se om svensk og dansk rettspraksis kan være en relevant rettskildefaktor knyttet til om det kan oppstilles et tapsrekvisitt i norsk rett.

I norsk rett er omstøtelsesadgangen begrenset av et berikelses prinsipp som fremkommer av deknl. § 5-11. Dette vil si at vurderingstemaet for omstøtelsesadgangen blir om kreditor har fått en berikelse ved disposisjonen. Dette i sterk kontrast med deknl. § 5-9 som bygger på et erstatningsprinsipp, der et av vurderingstemaene i denne relasjon blir om boet har lidt skade, gjennom et økonomisk tap.

I svensk og dansk rett oppstilles det et krav om at boet må lide tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesreglene. Den danske konkursloven baserer seg i likhet med de norske regler på et berikelsesprinsipp, men ved en viss begrensning av omfanget til boets krav, til kun og omfatte boets tap jfr DK § 75.^{32 33} Har ikke boet lidt noe tap så har de

²⁸ Gjeldsforhandling og konkurs bind 1, Huser s 126

²⁹ Andenæs, Konkurs s 217

³⁰ Reidar Myhre TfR 1992.84-151

³¹ Johnny Johansen LoR 1996. 233 - 243.

³² NOU1993:16 s 113.

³³ Lov nr 298 af 8.6.1977 (Dansk konkurslov)

heller ikke noe krav og fremsette ovenfor kreditor.³⁴ Det er derfor naturlig at dansk rett legger til grunn et tapsrekvisitt.³⁵ I svensk rett anses alle krav om omstøtelse fra boet som et erstatningskrav og det oppstilles derfor et generelt tapsvilkår både for de subjektive og objektive regler i tråd med det erstatningsrettslige prinsipp.³⁶

Som nevnt over så baserer de norske objektive omstøtelsesregler seg på et berikelsesprinsipp i motsetningen til dansk og svensk rett som vi kan si hviler på et erstatningsprinsipp. Det anses derfor som lite hensiktsmessig og foreta en vurdering av norsk rett sett opp mot utenlandsk rett, dette ville dog ha sprengt rammene for denne oppgave.

1.5 Avgrensning

Denne oppgaven vil søke å belyse om det oppstilles et generelt tapsvilkår etter de objektive omstøtelsesregler, herunder etter dekl. §§ 5-5, 5-7 og § 5-11. Det foretas dermed en avgrensning mot to fronter. Avgrensning mot regelen i dekl. § 5-9 og de omstøtelsesregler som er oppstilt i §§ 5-2 til 5-4.

Det er sikker rett at omstøtelse etter dekl. § 5-9 er betinget av tap som nevnt ovenfor, tapsvilkåret vil av denne grunn ikke komme på spissen ved omstøtelse etter dekl. § 5-9. Avgrensningen mot dekl. § 5-9 begrunnes også i at denne kan betraktes som erstatningsregel, der det oppstilles årsakssammenheng og krav om subjektiv skyld, fra medkontrahenten.

Avgrensningen mot de objektive omstøtelsesregler i dekl. § 5-2 til 5-4 begrunnes i at dette omfatter ensidige disposisjoner som i de fleste tilfeller vil kunne påføre boet tap. De

³⁴ Huser, Gjeldforhandling og konkurs s 125 annet avsnitt.

³⁵ Huser, Gjeldforhandling og konkurs bind 3 s 124 siste avsnitt som igjen viser til Munch s 414 flg.

³⁶ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 125. Walin og Palmer side 181 første avsnitt der det uttales ”Återvinning kan emellertid inte komma i fråga utan att transaktionen på annat sätt varit til nackdel för borgenärerna eller någon av dem”. Det kan etter mitt skjønn virke slik at et tapsrekvisitt i henhold til svensk rett der betegnet som et ”nackdelskrav” som vilkår for omstøtelse både på subjektivt og objektivt grunnlag.

typetilfeller som vil kunne oppstå i relasjon til disse regler vil også kunne bli belyst gjennom behandling av dekl. §§ 5-5 og 5-7 jfr § 5-11. Tapsproblematikken i denne avhandling kunne for så vidt vært ytterligere avgrenset til kun å omfatte bestemmelsene i dekl. §§ 5-5 jfr 5-11. Det er på det rene at de synspunkter av tapsspørsmålet, herunder ombyttingssynspunktet som fremkommer under behandlingen av disse i høy grad også gjør seg gjeldene i forhold til bestemmelsen i dekl. § 5-7. Det er allikevel funnet hensiktsmessig å kort belyse tapsproblematikken i relasjon til denne, for å vise ombyttingssynspunktets omfang og rekkevidde.

2. Typetilfeller i relasjon til omstøtelsesregelen i dekl. § 5-5.

2.1 Gjeldsbetaling til separatistberettiget kreditor.

Spørsmålet blir således om boet har en omstøtelsesadgang på tross av at kreditor i egenskap av å være separatistberettiget likevel ville oppnådd full dekning. I realiteten skjer det en ombytting av verdier i form av at kreditor gir slipp på sin sikkerhetsrett mot den ekstraordinære innfrielse fra kreditor. Tapsproblematikken ligger således i at boet samlet sett ikke kan sies å ha lidt et tap ved debtors disposisjon.

Typetilfellet som er oppstilt ville i relasjon til dekl. § 5-9 og svensk og dansk rett vært uomstøtelig med den begrunnelse at boet ikke kan sies å ha lidt tap.³⁷

Det sentrale spørsmål for den videre drøftelse blir om debtors innfrielse skal ses isolert ved bedømmelsen av boets omstøtelsesadgang, eller om separatistperspektivet skal inkluderes i vurderingen av omstøtelsesspørsmålet i tilknytning til de objektive omstøtelsesreglene.

³⁷ Se min redegjørelse under del kapittel 1.3 ”Et par korte linjer til svensk og dansk rett” tredje avsnitt

Hvis de objektive omstøtelsesreglene ikke inneholder noen reservasjon for typetilfellet der kreditor besitter en separatistrett, vil det kunne sies å ikke foreligge noe tapsvilkår i bestemmelsen for dette typetilfellet.

Når tapsspørsmålet skal vurderes etter de objektive regler er det funnet hensiktsmessig og først behandle typetilfellet i tilknytning til berikelsesregelen i dekn. § 5-11 for å se om denne inneholder et tapsvilkår. Tapsproblematikken vil så subsidiært behandles i tilknytning til hvert av de tre omstøtelsesgrunnlag i dekn. § 5-5 i den hensikt å få kartlagt om et tapsvilkår følger av bestemmelsene.

2.1.1 Typetilfellet i forhold til berikelsesregelen.

Spørsmålet blir om berikelsesregelen i dekn. § 5-11 kan medføre en begrensning i boets omstøtelsesadgang der det foretas betaling til en separatistberettiget kreditor og det kan sies at boet ikke har lidt tap.

I henhold til berikelsesregelen i dekn. § 5-11 første ledd kan boet kun kreve at kreditor fralegger seg den ”berikelse” han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon.

At det er den alminnelige berikelseslæres beregningsmetode som legges til grunn ved berikelsesvurderingen fremkommer av rettspraksis. I Rt 1996.1647 uttalte førstevoterende at utgangspunktet for berikelsesvurderingen vil være ”hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt”.³⁸

Av dette prinsipp følger det at boet skal krediteres den verdi som kreditor mottok av debitor ved innfrielsen, så langt dette er i behold på kreditors hånd. Men av dette prinsippet følger det også at kreditor skal få fratrukket utgifter han har hatt i tilknytning til disposisjonen.

³⁸ Lignende betraktning fremkommer av RG 1973.727” Lagmannsretten er enig med konkursboet i at det som boet kan kreve tilbake er berikelsen. Det vil i dette tilfellet si at (kreditor) må stilles i samme stiling som han ville ha vært om han ikke hadde kjøpt (båten)”

Hvis han ikke har en slik rett, vil han aldri kunne bli stilt som om disposisjonen ikke hadde vært foretatt.³⁹

I henhold til forarbeidene fremheves det at i tilfellet der kreditor har ytt ”delvis vederlag for den ytelse han må gi fra seg, skal vederlaget tilbakebetales som massekrav” dette skal således debiteres debitor.⁴⁰ I samme kategori som vederlag er det naturlig også å plassere frigjort pant kreditor hadde i debtors eiendeler i tilknytning til innfrielsen.⁴¹

I vårt tilfelle som forutsetter at sikkerhetsretten er verdimessig uforandret, betryggende og i behold, vil dette medføre at boets krav vil bli null. Det må da sies at kreditor aldri har blitt beriket gjennom disposisjonen. Han blir ikke bedre stilt igjennom disposisjonen enn han ville ha vært uansett.

Det må da sies at mottakeren ikke har noen berikelse å ”fralegge” jfr dekl. § 5-11 første ledd første punktum. Boet har da ikke noe å kreve og da blir det heller ikke aktuelt med noe ”oppgjør” som fremkommer av annet ledd. Dekl. § 5-11 annet ledd forutsetter derfor at det foreligger en berikelse, gjør det ikke det så vil ikke boet kunne kreve restitusjon av det mottatte. Et slikt syn støttes av Huser.⁴²

Det kan se ut som om en slik betraktning ikke støttes av Reidar Myhre.⁴³ Han forutsetter at boet har en omstøtelsesadgang i et slikt tilfelle etter berikelsesregelen. Han nevner i denne forbindelse at boet i noen tilfeller kan se seg tjent med å kreve restitusjon på tross av at berikelsen for boet er null.

Han trekker i denne sammenheng frem et eksempel der den separatistberettigede kreditor får betaling ”før normal betalingstid” og må restituere debtors betaling mot at boet

³⁹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 595

⁴⁰ NOU 1972:20 s 300 venstre spalte tredje avsnitt

⁴¹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 595 kapittel 8.2.4 b

⁴² Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s 610.

⁴³ Reidar Myhre TFR side 99 del kapittel 1.1.4 andre avsnitt.

abandonerer sikkerheten. Kreditor må realisere sikkerheten og boet slipper bry og tidspill ved en realisering.

Uenigheten mellom forfatterne ligger etter mitt skjønn ikke i at boets totale omfang på kravet utgjør null. Uenigheten ligger i om naturalrestitusjonsbestemmelsen i § 5-11 annet ledd forutsetter at kreditor har oppnådd en berikelse. Det kan synes som om Myhre forstår annet ledd slik at det er boet fritt til å kreve en naturalrestitusjon på tross av at boets krav er null.

Etter mitt skjønn er det nærliggende at bestemmelsen i § 5-11 andre ledd er betinget av at kreditor har oppnådd en berikelse etter første ledd. De må således ses samlet, slik at berikelse er et vilkår for at boet kan kreve restitusjon etter annet ledd.

Dette støttes ved å se berikelsesprinsippet i lys av erstatningsprinsippet.

Berikelsesprinsippet har lik funksjon som erstatningsprinsippet har ved subjektiv omstøtelse. Disse inneholder både et vilkår for omstøtelse og en målestokk. Et økonomisk tap er et vilkår etter dekn.l. § 5-9, således er berikelse for kreditor et vilkår etter de objektive regler.⁴⁴

Således vil det bety at de nevnte typetilfellene i relasjon til dekn.l. § 5-5 under dette kapittel vil være uomstøtelig i relasjon til berikelsesregelen i dekn.l. § 5-11, primært ut fra en begrunnelse om at kreditor ikke er beriket ved disposisjonen. Men snur vi på betraktningen så ser vi at i vårt typetilfelle vil berikelsesvilkåret og tapsvilkåret være sammenfallende.

Boet må således lide tap ved omstøtelse av typetilfellet i tilknytning til berikelsesregelen.

⁴⁴ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 579 siste avsnitt

2.1.2 Kort innføring i de forskjellige omstøtelsesgrunnlag i dekl. § 5-5.

Det første alternative omstøtelsesgrunnlaget i dekl. § 5-5 rammer debtors betaling av gjeld ”med usedvanlige betalingsmidler”. Utgangspunktet for tolkningen må være om betalingsmiddelet etter sin art er usedvanlig. Penger, bankremisse eller sjekk er alltid å regne som et sedvanlig betalingsmiddel.⁴⁵ Er betalingsmiddelet også avtalt på det tidspunkt gjelden oppsto vil dette også regnes som sedvanlig, uansett om dette utgjør annet enn penger.⁴⁶ La oss tenke oss at det ved låneopptaket ble avtalt at dette skulle tilbakebetales i form av overlevering av en bil. Innfrielse i form av denne bilen vil da utgjøre et sedvanlig betalingsmiddel i relasjon til bestemmelsen.

Det andre alternative omstøtelsesgrunnlag i dekl. § 5-5 rammer debtors betaling av gjeld foretatt ”før normal betalingstid”. Bestemmelsen rammer klart tilfeller der betalingen er foretatt før forfall. Betaling ved forfall vil som utgangspunkt gå klar av bestemmelsen.⁴⁷

Det tredje alternative omstøtelsesgrunnlag i dekl. § 5-5 rammer debtors betaling av gjeld som er foretatt ”med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. Dette må bero på en objektiv og konkret vurdering.⁴⁸ Vurderingstemaet blir om betalingen skal vurderes i relasjon til debtors likvider eller samlede aktiva. Dette spørsmål er berørt nedenfor i relasjon til spørsmålet om bestemmelsen rommer et tapsvilkår.⁴⁹

Det oppstilles avslutningsvis i dekl. § 5-5 første ledd en forutsetning for omstøtelse at betalingen likevel ikke ”fremtrådte som ordinær”. Dette er et kumulativt vilkår for omstøtelse og knytter seg til alle de nevnte omstøtelsesgrunnlag. Forarbeidene beskriver

⁴⁵ Andenæs, Konkurs s 247

⁴⁶ Det fastslåtte argument følger av Rt 1897.321

⁴⁷ Andenæs, Konkurs s 252

⁴⁸ NOU 1972:20 s 291 høyre spalte siste avsnitt

⁴⁹ Se min avhandling i del kapittel 2.1.6

ikke generelt hva dette begrep inneholder, men forarbeidene diskuterer dette vilkår i relasjon til de enkelte omstøtelsesgrunnlag.

Ordinærreservasjonen har neppe selvstendig betydning i forhold til første alternativ. I henhold til forarbeidene fremgår det at en betaling som er usedvanlig ikke samtidig kan være ordinær.⁵⁰ Først og fremst vil dette være et spørsmål av terminologisk art da dette i realiteten er en og samme vurdering.

Ordinærreservasjonen i forhold til annet alternativ har en mer utpreget selvstendig betydning enn etter forrige alternativ. En del premature betalinger kan reddes av ordinærreservasjonen hvis de i fra debtors side er begrunnet i fra praktiske og økonomiske hensyn.

Debitor betaler en regning et par dager før forfall for å være sikker på og unngå mislighold eller at betalingen er begrunnet i at debitor ikke vil ha liggende store beløp hos seg.⁵¹ Også skattemessige begrunnede forhåndsbetalinger faller også inn under reservasjonen. At kreditor etter påtrykk er skyld i den premature betaling anses ikke å være et forhold som kan reddes av ordinærreservasjonen.

Prematur betaling som ledd i en gjeldskonvertering med kreditor kan fremstå som ordinær hvis kreditors nye kreditt medfører en begunstivelse for debitor gjennom bedre avdrag og rentevilkår.⁵² Om gjeldskonverteringer som medfører at debitor stilles likt som tidligere, er denne problematikk diskutert mer utførlig nedenfor⁵³

I likhet med andre alternativ har ordinærreservasjonen i relasjon til tredje alternativ også en selvstendig betydning. Den ekstraordinære gjeldsbetaling kan likevel fremstå som ordinær

⁵⁰ NOU1972: 20 s 291.

⁵¹ NOU1972: 20 s 291 høyre spalte

⁵² NOU 1972:20 s 291 høyre spalte

⁵³ At en gjeldskonvertering som stiller debitor i samme stilling som tidligere faller inn under ordinærreservasjonen, er diskutert nærmere i kapittelet 2.3 "Kreditor yter ny kreditt i forbindelse med betalingen"

når den utgjør betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med debtors foretningsdrift. Dette kan være utgifter knyttet til råstoffer, husleie og lønn.⁵⁴

I likhet med konverteringstilfellet i relasjon til annet alternativ vil også et slikt tilfelle falle inn under ordinærreservasjonen i tilknytning til tredje alternativ. Det stilles da ingen krav om at konverteringen skal ha medført en begünstigelse for debitor, men det settes som vilkår at den foretas med den ”samme kreditor”. Det kan da sies at ordinærreservasjonen i forhold til andre og tredje ledd inneholder en transaksjonsbetraktning ved at de ikke anlegger et isolert syn på debtors ekstraordinære innfrielse, men tar utgangspunkt i partenes økonomiske mellomværende ved vurderingen.

2.1.3 Typetilfellet i forhold til de enkelte omstøtelsesgrunnlag i dekl. § 5-5

Ovenfor under kapittel 2.1.1 så vi at omstøtelsesadgangen etter berikelsesregelen var betinget av at boet hadde lidt tap. Spørsmålet blir nå således om et slik tapsrekvisitt også følger av dekl. § 5-5.

2.1.4 Betaling med usedvanlig betalingsmiddel til en separatistberettiget kreditor.

Dekl. § 5-5 første ledd første alternativ oppstiller etter ordlyden ingen reservasjon for de tilfeller der kreditor uansett ville vært sikret full innfrielse gjennom å være separatistberettiget. Spørsmålet blir således om kreditors stilling som separatistberettiget får innvirkning på om betalingsmiddelet kan anses ”usedvanlig”?

Forarbeidene kan ikke ses å behandle tilfellet. Reidar Myhre tar til ordet i sin artikkel at kreditors separatistrett ikke får innvirkning på vurderingen av om betalingsmiddelet kan anses ”usedvanlig”⁵⁵

⁵⁴ Fremkommer av NOU 1972.20 s 292 og Rt 1997 s 1623 ”Royal Christiania”. Se også om ordinærreservasjonen i Andenæs, Konkurs s 252 og Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 298

⁵⁵ Reidar Myhre TfR 1992 side 93,

Rettskildene i tilknytning til ordinærreservasjonen er noe vage rundt dette vilkår, men det kan på bakgrunn av redegjørelsen i neste avsnitt samt Rt 1982 s 1232 som omhandles nedenfor stilles spørsmål med om denne inneholder en reservasjon for det foreliggende typetilfellet.⁵⁶

Det må innvendes at omstøtelighet i dette tilfelle muligens kan begrunnes i at forholdet reelt faller utenfor det dekningslovens regler er satt til å verne. I lignende tilfeller har Høyesterett anlagt en transaksjonsbetraktning der de ser debtors og kreditors ytelser samlet ved vurderingen av om hensikten med transaksjonen var begrunnet i kreditors dekningsutsikter.⁵⁷ Anlegger vi en slik betraktning i dette typetilfellet og dermed ser disposisjonene som sideordnede, vil denne situasjon reelt innebære en ombytting av verdier. Det kan da vanskelig tenkes at debtors disposisjon har vært begrunnet i kreditors dekningsutsikter som er et vilkår for omstøtelse etter dekl. § 5-5.⁵⁸

Hadde boet i dette tilfellet lidt tap ved disposisjonen, ville muligens hensikten kunne sies og vært begrunnet i kreditors dekningsutsikter.

I relasjon til dekl. § 5-7 er en konvertering av pant som ikke medfører tap for boet uomstøtelig.⁵⁹ Et slikt ombyttingssynspunkt kan også anføres som støtte for at manglende tap i dette tilfellet medfører uomstøtelighet.

De reelle hensyn taler også for uomstøtelighet i dette tilfellet. Gjeldsinnfrielsen har ikke medført en begunstigelse av en kreditor på kreditorfellesskapets bekostning og den kan derfor verken betegnes som illojal og utilbørlig. De grunnleggende hensyn som omtalt ovenfor strekker således ikke til i en situasjon som denne.⁶⁰

⁵⁶ Denne dom behandles nærmere under avhandlingens kapittel 2.3 "Kreditor yter ny kreditt i forbindelse med betalingen"

⁵⁷ Se Rt 1982 s 1232 "Ruud og Zienerl". Rt 1899 s 817 omhandler ombyttingstilfellet, dog i relasjon til § 5-7 der det tas til orde for en begrensning i omstøtelsesadgangen med den begrunnelse at det kun har skjedd en ombytting av verdier som ikke har medført tap for boet. Se nærmere om denne dom samt problematikk i relasjon til § 5-7 under kapittel 3.1. "Konvertering av pant"

⁵⁸ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs s 234

⁵⁹ Se diskusjonen vedrørende konvertering av pant under avhandlingens kapittel 3.1

⁶⁰ Se redegjørelsen av de grunnleggende hensyn i avhandlingens kapittel 1.2.1

Vi kan dermed si at ordinærreservasjonen medfører uomstøtelighet i dette tilfelle med den begrunnelse at boet ikke er påført tap.

2.1.5 Betaling før normal betalingstid til en separatistberettiget kreditor.

Tapsproblematikken vil også stille seg likt som redegjort ovenfor i tilfeller der debitor har innfridd en fordring fra en separatistberettiget kreditor ”før normal betalingstid” jf dekn. § 5-5 første ledd andre alternativ. Lovens ordlyd er slikt utformet at den ikke inneholder noen reservasjon for et slikt typetilfelle som nevnt. Forarbeidene tar heller ikke opp omstøtelsesspørsmålet i tilknytning til de tilfeller der kreditor uansett ville ha fått full innfrielse i kraft av sin stilling.

Ordinærreservasjonen kan redde en del forhåndsbetalinger, men det faktum at kreditor her er separatistberettiget er ikke nevnt som et moment i forarbeidene i tilknytning til om debtors betaling likevel kan fremstå som ordinær.

Men forarbeidene tar opp et gjeldskonverteringstilfelle i ordinærreservasjonen.

Det vil derfor være nærliggende å utdype denne noe da det ved første øyekast fremstår for meg at en slik situasjon som angitt i forarbeidene er påfallende lik som det typetilfellet vi har foran oss. Den reelle forskjell består i dette tilfellet ikke av at kreditor yter ny kreditt, men at kreditor slipper sin sikkerhetsrett til gunst for boet mot debtors innfrielse.

Likhetstrekket er at det kun skjer en ombytting av verdier.

Som sagt nevner forarbeidene at ordinærreservasjonen vil få betydning i en gjeldskonverteringssituasjon. Der fremkommer det at i de tilfeller debitor innfrir før forfall og kreditor samtidig yter ny kreditt, som gir debitor fordeler i form av lavere rente eller mindre avdrag, er å betegne som en transaksjon som i helhet ikke kan sies å ha et

ekstraordinært preg.⁶¹ Det legges her opp til en vurdering som ikke kun tar utgangspunkt i debtors isolerte handling, men der partenes økonomiske relasjon ses i en helhet ved bedømmelsen av omstøtelsesadgangen for boet.

Etter mitt skjønn hviler her forarbeidenes uttalelse på det ombyttings synspunkt som er omtalt ovenfor. En gjeldskonvertering der debitor ikke blir bedre stilt enn tidligere og for kreditor ikke samlet innebærer noen reell gjeldsreduksjon av sitt totale utestående vil ikke kunne sies å være primært begrunnet i debtors dekningsutsikter. Forholdet vil således falle utenfor det dekningslovens regler er satt til å verne. Om begrunnelsen for uomstøtelighet her begrunnes i manglende dekningshensikt eller i ordinærreservasjonen er en smakssak.⁶²

På grunnlag av det anførte må også en gjeldskonverteringssituasjon som medfører like vilkår for debitor være et incitament til at debtors disposisjon ikke har vært begrunnet i kreditors dekningsutsikter. Forholdet vil også i en slik situasjon falle utenfor dekningslovens anvendelsesområde.⁶³ Det kan da være vektige grunner for å tolke forarbeidene i dette tilfellet utvidende slik at en gjeldskonverteringssituasjon som medfører samme vilkår for debitor faller inn under ordinærreservasjonen.

Som nevnt ovenfor vil de ombyttings synspunkter som fremkommer i tilknytning til konvertering av pant i dekl. § 5-7 i dette tilfellet tale for et tapsvilkår i dette typetilfellet.⁶⁴

På grunnlag av det som er anført kan det dermed sies at boet ikke har lidt noe tap slik at ordinærreservasjonen vil medføre uomstøtelighet. Hadde boet vært tapslidende ville forholdet falt utenfor ordinærreservasjonen med den begrunnelse at transaksjonen kunne sies å være begrunnet i kreditors dekningsutsikter.

⁶¹ NOU 1972.20 s 291 høyre spalte. Gjeldskonverteringssituasjonen er også behandlet kort i denne avhandling under del kapittel 2.1.2. Tilfellet blir også belyst nærmere og mer utførlig nedenfor i kapittel 2.2

⁶² Tematikken i dette avsnitt er drøftet av Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 kapittel 4.1.4

⁶³ Se min prinsipielle drøftelse vedrørende en utvidet tolkning av forarbeidene i dette tilfellet i kapittel 2.3

”Kreditor yter kreditt i forbindelse ved betalingen”

⁶⁴ Se min redegjørelse av ombyttings synspunktet i tilknytning til § 5-7 I kapittel 3.1

De samme reelle hensyn som ble anført i forhold til første alternativ er også i relasjon til annet alternativ høyst aktuelle.

Det kan dermed slås fast at ordinær reservasjonen inneholder et tapsvilkår som vil medføre uomstøtelighet i dette typetilfellet.

2.1.6 Betaling med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne til en separatistberettiget kreditor.

I relasjon til tredje alternativ kan det spørres om det ikke ligger en tapsforutsetning i lovens ordlyd ved at det stilles som vilkår at skyldnerens betalingsevne må ha blitt ”forringet”. Har den separatistberettigede kreditor mottatt betaling mot oppgivelse av sin sikkerhetsrett er det ikke naturlig å si at en slik betaling har ”forringet skyldnerens betalingsevne”.

Gjenstanden som sikkerhetsretten var tilknyttet vil nå bli en del av boets beslagbare aktivum der det står boet fritt til å selge eller pantsette dette. Debtors disposisjon har samlet sett ikke forringet boets brutto aktiva. Dette taler således for at boets omstøtelsesadgang her er avskåret med hjemmel i lovens ordlyd.

En slik betraktning hviler på den forutsetning av at ”betalingsevne” i relasjon til bestemmelsen utgjør boets brutto aktiva. Medfører debtors disposisjon en forringelse av denne har boet lidt et tap, ikke ellers.

Men i Rt 1999.64 ”Teamco” ble det lagt til grunn at vurderingstemaet for om betalingen skal ha forringet skyldnerens ”betalingsevne” skal vurderes i relasjon til skyldnerens likviditet.

Likviditetsbegrepet som synonymt med skyldnerens betalingsevne er nærmere omtalt i retteorien. Huser mener etter mitt syn at vurderingstemaet i dette tilfellet blir om det betalte beløp utgjør en forringelse av debtors evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hver som de forfaller. Dette standpunkt begrunnes ved en sammenligning av begrepet ”betalingsudyktig” i kkl § 61 (1) og begrepet ”betalingsevne” i dekn. § 5-5.

Det legges således til grunn at tredje alternativ ikke oppstiller et vilkår om tap, men at omstøtelse er betinget av at skyldnerens likviditetsbeholdning må ha blitt forringet ved disposisjonen.

Det kan dermed sies at en betaling til en separatistberettiget kreditor må kunne omstøtes i de tilfeller der kreditors sikkerhetsrett er tilknyttet debtors eiendeler. Unntaket kan tenkes hvis panteobjektet er penger eller andre likvider, da vil ikke debtors likviditetsbeholdning kunne sies å ha blitt forringet gjennom disposisjonen.

Betalingen har i dette tilfellet ”betydelig forringet” debtors evne til å oppfylle løpende forpliktelser samtidig som hans aktiva stilling samlet sett forblir uendret. Bestemmelsen inneholder således ikke et tapsvilkår.

2.2 Den normale betalingstid kommer før konkursåpning.

Under forrige del kapittel 2.1.5 ble prematur betaling til separatistberettiget kreditor behandlet. Tapsproblematikken ble diskutert ut fra synspunktet at det reelt var en ombytting av verdier som samlet ikke kunne sies å påføre boet tap.

Tapsproblematikken ved en prematur betaling som her skisseres vil oppstå i situasjoner der den usikrede kreditor mottar prematur betaling jfr dekl. § 5-5 første ledd andre alternativ, og det viser seg at normal betalingstid allikevel ville ha kommet før konkursåpning. Hvis kreditor her kan føre bevis for at debitor hadde evne og vilje, og at innfrielse faktisk hadde skjedd ved normal betalingstid, kan det sies at boet ikke har lidt et tap ved den prematurebetaling.⁶⁵ Hadde debitor ventet med sin betaling til den normale betalingstid

⁶⁵ Ot prp nr 26 1998-1999 kapittel 6.1, formulering og problemstilling hentet fra departementets redegjørelse av tapsvilkåret.

ville innfrielsen vært uomstøtelig, men allikevel medført en reduksjon av boets aktivastilling.

Jeg forutsetter at innfrielsen ikke hadde blitt rammet av andre omstøtelsesgrunnlag, herunder deknl. § 5-5 første ledd tredje alternativ.

Selve ordlyden i annet alternativ oppstiller ingen unntak for tilfeller der den normale betalingstid kommer før konkursåpningen.

I henhold til forarbeidene virker det etter mitt skjønn slik at konkurslovsutvalget legger til grunn omstøtelighet hvis disposisjonen faller inn under de typetilfeller som de objektive omstøtelsesregler oppsetter. Dette uten noen reservasjon for om normal betalingstid kommer før konkursåpningstidspunktet. Dette viser seg gjennom at utvalget diskuterer dette typetilfellet i relasjon til deknl. § 5-9 og at typetilfellet der ville kunne få et motsatt utfall, altså være uomstøtelig. Utvalget anfører at tilfellet der ”forfallsdagen” kommer før konkursåpningen vil kunne være uomstøtelig ut fra betraktningen om at disposisjonen ikke kunne sies å ha ”begunstiget en fordringshaver på de øvriges bekostning” hvis debitor på forfallstidspunktet ”var sitt bo rådig”, altså hadde midler til å innfri kreditors fordring. Uomstøtelighetssynspunktet i dette tilfellet baserer seg på at ikke andre aspekter ved betalingen fremstår som utilbørlig.⁶⁶

Spørsmålsstillingen har vært debattert i rettsteorien med til dels stor enighet.⁶⁷ Diskusjonen er for noen forfatteres del knyttet opp til den eldre bestemmelsen i kkl av 4. juli 1883 § 44 litra b om omstøtelse kunne skje av betaling ”af ikke forfalden gjæld”. At synspunkter fra denne debatten er relevante i relasjon til begrepet ”før normal betalingstid” i nå gjeldene dekningslov fremkommer av det faktum at denne regelen praktisk sett er uendret.⁶⁸ Relevansspørsmålet er også behandlet av Reidar Myhre i sin artikkel som konkluderer med

⁶⁶ NOU1972:20 s 297 høyre spalte.

⁶⁷ Reidar Myhre TfR side 106 petitavsnitt.

⁶⁸ Ot prp 50 1980-81 s 166. Den reelle endring av ordlyden vedrører primært de lån med forfallsklausuler som ved mislighold medfører at lånet forfaller i sin helhet. En innfrielse av hele lånet vil da være ekstraordinær fordi den blir foretatt ”før normal betalingstid”.

at den eldre teori har relevans da endringen av ordlyden ikke i dette tilfelle er ment å innebære noen realitetsendring.⁶⁹

Hagerup fremhever det syn at omstøtelse kan skje på tross av at forfall kommer før konkursåpningen.⁷⁰ Han begrunner sitt synspunkt med at det ville være betenkelig å fravike lovens ordlyd og det faktum at det er usikkert om debitor hadde betalt hvis man ventet til forfallsdagen.⁷¹

Andenæs vier problemstillingen liten plass, men fastslår at omstøtelse i dette tilfelle kan finne sted.⁷²

Huser konkluderer også med at omstøtelse kan skje i dette tilfellet, da han mener at spekulasjoner rundt debtors mulige innfrielse gjort på en uomstøtelig måte ved forfall er irrelevant i tilknytning til den objektive omstøtelsesregel.⁷³

Med støtte i lovens klare ordlyd, teori og forutsetningene som fremkommer i konkurslovsutvalgets drøftelse som nevnt ovenfor, kan det legges til grunn at tilfeller der forfallstidspunktet kommer før konkursåpningstidspunktet ikke får betydning for om disposisjonen får et uomstøtelig preg i relasjon til dekl. § 5-5 annet alternativ.

Vil det faktum at forfallstidspunktet kom før konkursåpning medføre at disposisjonen fremstår som "ordinær" i relasjon til dekl. § 5-5 annet alternativ?

Som nevnt ovenfor forstås forarbeidene slik at ordinærreservasjonen skal fungere som en sikkerhetsventil for visse premature betalinger fra debitor der dette begrunnes i økonomiske

⁶⁹ Ot prp (1980-81) nr 50 s 166

⁷⁰ Francis Hagerup, Konkurs og akkordforhandling s 226 første avsnitt

⁷¹ Den angitte begrunnelse fremkommer av fotnote 33 i Francis Hagerup, Konkurs og akkordforhandling s 226. Det er uklart for kandidaten om sitatet er en gjengivelse av de syn som de angitte forfatterne i fotnoten besitter. Men det antas at dette er et utsagn tilknyttet Francis Hagerup selv.

⁷² Andenæs, Konkurs s 258 tredje avsnitt

⁷³ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs s 294 bind 3

og praktiske hensyn fra debtors side.⁷⁴ Eksempelet kan være at debitor rett og slett vil være ute i god tid som nevnt ovenfor.

Det kan tenkes at ordinærreservasjonen kan redde en del premature betalinger. Men det faktum at forfallstidspunktet kom før konkursåpning og at debitor da ville ha innfridd kan neppe medføre at disposisjonen blir ordinær i henhold til forarbeidene.

Jeg legger derfor til grunn at en prematur betaling der forfall allikevel kom før konkursåpning vil kunne anses ekstraordinær etter § 5-5 annet alternativ.

Det neste spørsmål som må stilles er om berikelsesregelen i dekl. § 5-11 kan redde disposisjonen slik at den blir uomstøtelig. I likhet med min drøftelse vedrørende betaling av gjeld "før normal betalingstid" til en separatistberettiget kreditor, vil her vurderingstemaet bli om kreditor ville ha fått full innfrielse uten debtors ekstraordinære betaling, slik at vi kan si at hans berikelse utgjør null.⁷⁵

Ved første øyekast kan det virke som et naturlig syn å se det slik at kreditor her ikke har blitt beriket ved debtors ekstraordinære betaling. Kreditor kunne her mottatt betaling av debitor ved forfall forut for en konkurs slik at denne hadde vært uomstøtelig i henhold til dekl. § 5-5 første ledd andre alternativ.

Spørsmålet blir således om vi skal se isolert på den premature innfrielse eller om et bevismoment tilknyttet debtors fremtidige betalingsevne/villighet skal spille inn på berikelsesvurderingen?

Problemstillingen har blitt behandlet i rettsteorien med til dels stor grad av enighet vedrørende spørsmålet.

⁷⁴ NOU 1972:20 s 291. Se også Huser, Gjeldsforhandling og konkurs s 573 petitavsnitt. Også behandlet i avhandlingens del kapittel 2.1.2

⁷⁵ Se min redegjørelse av berikelsesregelen i del kapittel 2.1.1

Huser stiller seg avvisende til å legge til grunn spekulasjoner om hvilke eventuelle alternative disposisjoner debitor og den annen part kunne tenkes å ville foretatt, dersom den omstøtelige disposisjon ikke hadde skjedd.⁷⁶ Denne vurderingen må kun ta utgangspunkt i konstaterbare fakta.

Reidar Myhre stiller seg også avvisende til å åpne for et bevismoment knyttet til debtors mulige betalingsvillighet på det senere tidspunkt ved berikelsesvurderingen.⁷⁷

Bevismomenter som knytter seg til debtors hypotetiske betalingsvillighet vil slå bena under de retts tekniske hensyn. En slik bevisførsel vil kunne bli prosessskapende og vanskeliggjøre omstøtelsesprosessen for boet. Dette viser seg gjennom at det vil være vanskelig for boet å føre bevis for at betaling ikke ville ha skjedd ved forfallstidspunktet.⁷⁸

En adgang til en slik bevisføring vedrørende debtors betalingsvillighet ville også kunne virke kompliserende på utøvelsen av dekl. § 5-5 første og tredje alternativ. Dette viser seg ved at boet vanskelig kunne føre motbevis for at debitor hvis han ikke hadde innfridd fordringen med ”usedvanlig betalingsmidler”, ville ha innfridd med kontanter slik at disposisjonen hadde stått seg.⁷⁹

Det slås dermed fast med støtte i rettsteorien og de retts tekniske hensyn, at slik bevisførsel knyttet til et slikt bevistema ikke er holdbart, og at kun den konstaterbare fakta må legges til grunn. Berikelsesbegrensningen må således tolkes innskrenkende i dette tilfellet.

Det slås dermed fast at i de tilfeller kreditor mottar prematur betaling og den normale betalingstid kommer før konkursåpning, kan hele det innfridd beløp kreves tilbakeført til boet da dette utgjør kreditors berikelse jf dekl. § 5-11 første ledd.

⁷⁶ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs s 573 første spalte og petitavsnitt.

⁷⁷ Reidar Myhre TfR 1992 s 108.

⁷⁸ Ot prp nr 26 (1998-1999) ”Etter departementets oppfatning vil det ved praktiseringen av de objektive omstøtelsesregler virke uheldig om slike tapsvurderinger overhodet skal være gjenstand for tvist”

⁷⁹ Eksempel nevnt i Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 574 i petitavsnitt, men noe redigert av kandidaten.

Det kan således sies at boet i dette tilfellet kan omstøte på tross av at det ikke kan sies å ha lidt noe tap.

2.3 Kreditor yter ny kreditt i forbindelse med betalingen.

I situasjoner der debitor innfrir eldre gjeld overfor en usikret kreditor og kreditor yter ny usikret kreditt tilbake, vil tapsproblematikken aktualisere seg. Dette tilfellet er ganske likt tilfellet der en separatistberettiget kreditor mottar ekstraordinærbetaling av gjeld fra debitor. Likheten består hovedsakelig i at det skjer en ombytting av verdier. Forskjellen som i dette tilfelle ikke er av ubetydelig art består i at kreditor i dette tilfellet vil tilføre ny kapital i motsetning til frigjøring av sikkerhetsretten slik som diskutert ovenfor.

Ovenfor i eksemplet der en separatistberettiget kreditor mottok betaling ble det konkludert med at berikelsesregelen i deknl. § 5-11 begrenset boets restitusjons adgang i de tilfeller kreditors berikelse utgjorde null. En slik vurdering baserte seg på at utgangspunktet for berikelsesvurderingen var partenenes totale økonomiske forhold sett samlet. Da deknl. § 5-11 første ledd var en forutsetning for naturalrestitusjonsbestemmelsen i annet ledd så kunne ikke boet kreve noe.

Typetilfellet vi nå har foran oss vil medføre at kreditors berikelse blir null på tross av hvilke formål som eventuelt lå til grunn for hans disposisjoner. Boet vil heller ikke ha lidt tap ved transaksjonen.

Det kan dermed på dette grunnlag sies at boet må ha lidt et tap for å kunne omstøte etter deknl. § 5-11.

Spørsmålet blir således om boets omstøtelsesadgang er avskåret i tilknytning til deknl. § 5-5 med den begrunnelse at boet ikke har lidt et tap?

Ser man debtors ekstraordinære innfrielse isolert etter dekl. § 5-5, og ikke i sammenheng med kreditors nye kreditttilførsel, vil denne føre til tap og en begunstigelse av en kreditor på bekostning av kreditorfellesskapet. Dette vil resultere i at debtors innfrielse av gjeldsposten kan omstøtes og kreditors nye usikrede kreditt vil tilfalle bomassen.

Det vil kunne stille seg annerledes i de tilfeller der debtors innfrielse ses som en betingelse for kreditors nye kreditttilførsel. Synspunktet vil således være å anse debtors innfrielse og kreditors nye kreditttilførsel til å være innbyrdes avhengige. Her ville ikke kreditor ha ytt ny usikret kreditt hvis det ikke var for debtors innfrielse av den eldre gjeldspost. Det vil derfor ikke være naturlig å si at kreditorfellesskapet har lidt noe tap, eller at kreditor her har blitt begunstiget/beriket på fellesskapets bekostning.

Si at kreditor setter som betingelse for ny kreditttilførsel på kr 100.000 ovenfor debitor, at denne samtidig innfrir en eldre gjeldspost på tilsvarende beløp ovenfor kreditor. Det er her på det rene at debitor ikke kan sies å ha lidt noe tap på denne disposisjonen. Kreditor kan heller ikke sies å ha blitt beriket.

Spørsmålet blir således å kartlegge i hvilke situasjoner vi skal se debtors disposisjoner som en isolert handling eller som en samlet transaksjon.

Eksempel på tilfellet der debtors innfrielse må ses i sammenheng med kreditors nye kreditttilførsel behandles i forarbeidene under dekl. § 5-5 første ledd tredje alternativ.⁸⁰ Der uttaler utvalget uttrykkelig at i de tilfeller der den nye kreditt ytes av den "samme kreditor" som samtidig får innfrielse av eldre gjeld av debitor, så vil dette måtte ses som "en transaksjon" som det ikke vil være aktuelt å omstøte.

Uttalelsene i forarbeidene viser at i de tilfeller der disposisjonene kan ses på som 'en transaksjon og ikke som isolerte disposisjoner, så kan det ikke sies at det har skjedd en forringelse av skyldnerens betalingsevne eller at kreditorfellesskapet har lidt et tap.

⁸⁰ Ot prp nr 50 (1980-81) s 167 andre avsnitt, se under justisdepartementets bemerkning.

Transaksjonen samlet sett har verken redusert debtors alminnelige likviditet eller boets brutto aktiva. Det har i realiteten kun blitt foretatt en gjeldskonvertering mellom debitor og kreditor og det kan vanskelig sies at transaksjonen var motivert av kreditors dekningsutsikter da hovedstolen for kravet er konstant også etter disposisjonen.⁸¹

Da ordlyden i dekl. § 5-5 første ledd tredje alternativ setter som vilkår at disposisjonen skal ha betydelig ”forringet skyldnerens betalingsevne” kan ikke tilfellet omstøtes i henhold til bestemmelsen. En slik konklusjon hviler således på den forutsetning at inn og utgående verdier er av tilnærmet lik likviditetsgrad.

I henhold til dekl. § 5-5 første ledd første alternativ kan det spørres om lovens ordlyd og ordinærreservasjonen kan hindre omstøtelse i de tilfeller der debitor foretar en gjeldsbetaling med et ”usedvanlig betalingsmiddel”, og som betingelse samtidig mottar tilførsel av ny kapital fra kreditor. Kreditors nye kreditt ses her ikke som et vederlag for debtors betalingsmiddel, men som en ren kreditttilførsel på grunnlag av debtors samtidige gjeldsinnfrielse.

Typetilfellet var oppe i Rt 1982 s 1232 den såkalte ”Ruud og Ziener 1”.

Her var tilfellet at det var oppstått uenighet mellom entreprenøren og byggherren ved oppføring av et bygg. Dette medførte at byggherren kun betalte et fåtall av fakturaene fra entreprenøren. For å få midler til å fullføre prosjektet fikk entreprenøren lov til å trekke på kassekreditten til sin bankforbindelse mot at banken fikk seg transportert de fakturaer som ble utstedt overfor byggherren i forbindelse med oppføring av bygget. Høyesterett kom frem til at disposisjonen ikke kunne omstøtes i medhold av dekl. § 5-5 første ledd første alternativ.

Førstvoterende dommer Elstad går først inn på en sedvanlighetsvurdering av debtors betalingsmiddel som i dette tilfellet var de overdratte fordringer. Førstvoterende legger så til grunn at forholdet mellom debitor og kreditor var et gjensidig bebyrdende forhold som

⁸¹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 236

berodde på en vurdering i hva som alt i alt var den beste løsningen for debitor. Det faktum at banken mottok omstridte fordringer mot ny tilførsel av kreditt til debitor var et sentralt moment ved vurderingen av disposisjonens uomstøtelighet.

Førstvoterende uttaler således” det vil være uriktig å rive det ene leddet ut av sammenhengen(debitors innfrielse ovenfor kreditor). Slik jeg ser det ligger den avtalte ordning utenfor det § 44 første ledd, punkt a tar sikte på å regulere”. Førstvoterende viser så til Ot prp nr 50 for 1980-81 der ordinærreservasjonen tas opp. I tilknytning til denne uttaler førstvoterende at formuleringen om ordinærreservasjonen synes å dekke et slikt tilfelle som nevnt ovenfor.

Det må kunne sies at Høyesterett her bygger sitt resultat på at fordringstransporten fra debitor ved vurderingen etter dekl. § 5-5 første ledd tredje alternativ ikke må ses isolert, men som en del av en samlet ”pakkeløsning” som hadde karakter av en gjensidig begunstigende bistandsaksjon.⁸² Dette synspunkt bygger på samme transaksjonsbetraktning som fremkom av forarbeidene i tilknytning til tredje alternativ. Der ble det lagt til grunn at i tilfeller der debitor innfrir en eldre gjeldpost og ”samme kreditor” yter ny kreditt var å anse som en transaksjon som bedømmes ut i fra dens helhet og at denne var ordinær. Formålsbetraktninger var som nevnt et viktig argument for vurderingen av disposisjonens uomstøtelige karakter. Førstvoterende la vekt på at disposisjonen” var begrunnet i ”forretningsmessige overveielser om hva som sannsynlig ville gi det beste resultat for firmaet”

Høyesterett la vekt på kreditors nye kreditttilførsel og hensikten bak denne som et element i vurderingen av om betalingen fra debitor kan anses som et ”usedvanlig betalingsmiddel” og ordinær i relasjon til omstøtelsesreglene. Det ser således ut til at førstvoterende ser debitors innfrielse og kreditors kredittytelse som en transaksjon og vurderer disse som sideordnede i forhold til hverandre. Den primære hensikt med transaksjonen er således ikke begrunnet i kreditors dekningsutsikter slik at det i realiteten ikke er en gjeldsbetaling i 5-5

⁸² Begrepsbruk hentet fra Arne Tjaum og Jan Einar Barbo, Dommer i materiell konkursrett s 141

forstand, men en ombytting av verdier. Det kan her sies at Høyesterett presiserer vilkåret om at ”betaling” i lovens forstand kun foreligger der den primære hensikt er begrunnet i at kreditor får dekket sitt krav.

Forarbeidene forutsetter også at ”betaling” i lovens forstand er betinget av at kreditor må ha hatt primær interesse av debtors ytelse gjennom å få dekket sitt utestående.⁸³

Som vi ser av førstvoterendes resonnement så legges den formelle begrunnelsen for uomstøtelighet i lovens ordlyd og ikke i at forholdet ligger utenfor det dekningslovens regler regulerer.

Etter mitt skjønn er det kun en smakssak hvor uomstøteligheten hjemles. Om denne begrunnes i at forholdet faller utenfor dekningslovens regler eller om en slik transaksjon er uomstøtelig i medhold av lovens regler, slik førstvoterende gjør i dette tilfellet, er det samme. Transaksjonens karakter av ombytting av verdier vil også medføre uomstøtelighet direkte av dekn. § 5-11 som konstatert innledningsvis.

Typetilfellet som diskutert ovenfor vil kunne aktualiseres også i relasjon til dekn. 5-5 første ledd andre alternativ. Hvis debitor foretar prematur betaling mot ny kredittilførsel fra kreditor på samme vilkår som den innfridde kreditt, vil tapsproblematikken aktualisere seg.⁸⁴ Spørsmålet blir således om vi ved vurderingen skal se debtors disposisjon isolert eller partenes totale økonomiske relasjon under ett.

Det fremkommer av forarbeidene at gjeldskonverteringer som medfører en prematur betaling fra debitor ikke anses som en ekstraordinær betaling i relasjon til annet alternativ.

⁸⁵ Dette utgangspunkt modifiseres kraftig da de samme forarbeider kun nevner tilfeller der kreditors nye lån innebærer bedre avdrags/rentevilkår for debitor. En forlengning av dette

⁸³ NOU 1972:20 s 292

⁸⁴ Likt tilfelle som diskutert ovenfor i relasjon til innfrielse ”før normal betalingstid” til en separatistberettiget kreditor under 2.1.5

⁸⁵ NOU 1972:20 s 291 høyre spalte

vil innebære at tilfeller der debitor innfrir eldre gjeld, og kreditor yter nytt lån med tilsvarende betingelser som debtors gamle lån, så vil det kunne betegnes som ekstraordinært.

I Ot prp nr 50 side 166 ble det reist innvendinger mot at en gjeldskonvertering med like vilkår skulle kunne anses ekstraordinær. Departementet uttalte således ”at det i de aller fleste tilfeller vil være forholdsvis klart om man sto ovenfor en ordinær innfrielse/konvertering eller ei.

Etter mitt skjønn må departementets noe uklare uttalelse forstås som en modifikasjon av den klare holdning som ble inntatt i de tidligere nevnte forarbeider.⁸⁶ Dette blir tydeligere hvis vi sammenligner denne uttalelse med deres uttalelse i relasjon til tredje alternativ som gjengitt ovenfor.⁸⁷ Departementets poeng var her sett transaksjonen samlet ikke vil innebærer noen reel gjeldsnedbetaling i relasjon til § 5-5. Når kravet var like stort som før kan det vanskelig sies at transaksjonen var en dekningstransaksjon slik at dette måtte medføre omstøtelighet.

Forarbeidenes uttalelser i relasjon til annet alternativ må dermed forstås slik at bedre rente og avdragsvilkår ikke må oppfattes som absolutte vilkår for uomstøtelighet i medhold av bestemmelsen, men kun som en indikasjon på at transaksjonen ikke er begrunnet i kreditors dekningsutsikter.

Det kan da tenkes at de tilfeller der det nye lån ikke medfører en begunstigelse i form av reduserte renter og avdrag også må være uomstøtelig hvis transaksjonen samlet sett ikke hadde det primære formål og skaffe kreditor dekning.

I tilfeller ved prematur betaling og tilsvarende kredittgivning er presumpsjonen stor for at kreditors dekningsutsikter ikke har vært det primære formål med disposisjonen. Kreditors

⁸⁶ NOU 1972:20.s 291

⁸⁷ Se avsnitt ni i dette kapittel.

tilgodehavende er jo like stor som før gjeldskonverteringen, således vil etter mitt syn konverteringen ikke rammes av dekl. § 5-5. Transaksjonen anses dermed ordinær og uomstøtelig i medhold av bestemmelsen.

Det må således sies at en omstøtelsesadgang etter dekl. § 5-5 første ledd første og andre alternativ er betinget av tap.

2.4 Debtors innfrielse med beslagsfrie midler.

Det kan tenkes at debitor innfrir en kreditor med et betalings middel som er å anse som et beslagsfritt formuesgode jfr dekl § 2-3. Anlegger vi en isolert betraktning vedrørende debtors disposisjon må en slik disposisjon kunne karakteriseres som en betaling av gjeld med ”usedvanlige betalingsmidler” som er omstøtelig. I en slik vurdering er således det faktum at boet ikke under noen omstendigheter kunne tatt beslag i formuesgodet et moment som ikke har betydning for vurderingen av omstøtelsesadgangen.

Men tar vi med i vurderingen av omstøteligheten at innfrielsen er gjort med midler som boet ikke under noen omstendigheter kunne tatt beslag i, vil det være unaturlig å si at boet har lidt tap. Tapsproblematikken vil først ut i fra en slik transaksjonsbetraktning aktualiseres.

La oss tenke oss at debitor innfrir kreditor med noe av sitt innbo som kan unntas for beslag jfr dekl. § 2-3 første ledd litra a. Et slikt formuesgode vil ikke under noen forutsetning kunne nyttiggjøres av boet. Boet har således ikke lidt tap. Vurderingstemaene blir således om vi kan anlegge et slikt transaksjonssynspunkt, og om manglende tap for boet skal virke begrensende for omstøtelsesadgangen i dette tilfellet?

Det er på det rene at denne problemstilling kun er av teoretisk art da en omstøtelsesadgang for boet i dette tilfelle uansett hadde vært formålsløst.

Det fremkommer av juridisk teori at omstøtelsesreglene ikke kommer til anvendelse i situasjoner der debitor innfrir med beslagsfrie midler.⁸⁸ Dette betyr at en innfrielse med et slikt beslagsfritt formuesgode ikke kan omstøtes som gjeldsbetaling gjort med ”usedvanlig betalingsmiddel” jfr § 5-5 første alternativ.

Det kan på basis av de syn som fremkommer av den juridiske teori fastslås at det anlegges en transaksjonsbetraktning der det faktum at midlene er av beslagsfri art spiller inn i vurderingen av omstøtelsesadgangen ved debtors disposisjon. At den juridiske teori her avskjærer en omstøtelsesadgang for boet kan sies å være begrunnet ut fra det moment at boet ikke har lidt tap ved debtors disposisjon.

Støtte for et slikt syn kan også anføres i de underliggende hensyn som ligger til grunn for de objektive omstøtelsesregler som redegjort for innledningsvis. Debtors disposisjon er her ikke i strid med eiendomsprinsippet da hans innfrielse ikke er å betegne som en disposisjon gjort med kreditorenes eiendeler slik at en gjenoppbyggelsesadgang ikke er nødvendig.⁸⁹

Boet må således lide tap for å kunne omstøte disposisjoner gjort med beslagsfrie midler.

2.5 Debtors betaling ved trekk på kassakreditt.

Hvis kassakredittkontoen ved konkursåpning er positiv, vil den ubrukte kapital inngå i boets beslagbare aktivum. Dette på lik linje med alle andre verdier i boet som kan beslaglegges jfr dekl. § 2-2. Innfrir debitor en gjeldspost ved å trekke på kassakreditten i dette tilfellet vil disposisjonen kunne omstøtes da denne har påført kreditorfellesskapet et tap.

⁸⁸ Et slikt syn legges til grunn av Reidar Myhre TfR 1992 s 142 som videre viser til Sandvik s 40. Lennander s 107-108. Huser bind 3 s 542 diskuterer omstøtelsesadgangen i tilfeller der debitor konverterer beslagbart aktivum til beslagsfritt aktivum. I hans drøftelse ligger det etter mitt skjønn en forutsetning om at debtors primære innfrielse gjort med beslagsfritt aktivum ikke er omstøtelig.

⁸⁹ Eiendomsbegrepet hentet fra Johnny Johnsens LoR 1996 side 337.

Men før konkurs vil debtors økonomiske stilling ofte være svært svekket slik at kassakreditten er negativ. Der debitor innfrir sin gjeld ovenfor kreditor ved å trekke på en negativ kassekreditt kan vi si at kreditor fellesskapet har lidt et tap. Dette synspunkt hviler på at kredittakeren ikke har hatt kjennskap eller har knyttet noen betingelse til bruken av kassakreditten. Debitor vil da fritt kunne disponere over den ytte kreditt i motsetning til de tilfeller som nevnt ovenfor der vi tok opp typetilfeller der en betingelse var tilknyttet den ytte kreditt. Når debitor trekker på kassakreditten kan han like gjerne la midlene tilfalle kreditorfellesskapet fremfor å fordele bestemte kreditorer. Det er på det rene at boet ikke vil kunne ta dekning i uanvendte kredittmuligheter. Dette følger av dekl. § 7-3 annet ledd sammenholdt med forarbeidene da insolvens er en bristende forutsetning, slik at kredittavtalen kan sies opp fra kredittakers side.⁹⁰ Men da debitor først har foretatt et trekk skaper dette en tilgang til beløpet for boet. Dette beløp vil da kunne danne grunnlag for den beslagbare aktiva. Det kan da sies at gjeldsinnfrielsen må ses isolert slik at momenter tilknyttet anskaffelsen av midlene ikke er relevante i en vurdering av om boet har lidt et tap. Gjeldsinnfrielsen overfor den usikrede kreditor er dermed tapsbringende for boet og omstøtelig etter dekl. § 5-5.

En annen synsmåte er å anlegge et helhetsperspektiv ved et typetilfelle som dette. Man ser her trekket på kassakreditten i sammenheng med debtors gjeldsinnfrielse slik at summen av beslagbare aktiva ikke er forringet gjennom debtors disposisjon. Dette syn begrunnes i at det kun har skjedd et kreditorskifte og at boet ikke under noen forutsetninger kunne ha godtgjort seg den anvendte kredittmulighet som er realisert ved trekket på den negative kassakreditt.⁹¹ Vi kan da si at innfrielsen kan likestilles med en innfrielse med midler av beslagsfri art som redegjort for ovenfor.⁹²

Et slikt synspunkt som angitt i forrige avsnitt er å finne i en del underrettspraksis.

⁹⁰ NOU 1972:20 s 313 høyre spalte første avsnitt.

⁹¹ Et slikt synspunkt som her anlegges har store likhetstrekk med det tilfellet som behandles i kapittel 2.6

”Debtors betaling ved en kreditttelse fra tredjemann”

⁹² Se avhandlingens kapittel 2.4

I en avgjørelse av Eidsivating i RG 1989 s 132 hadde debitor innfridd en kreditor med et beløp på kr 50 000 ved å trekke på en kassakredittkonto som var negativ kort tid for konkurs. Disposisjonen ble ikke omstøtt. Lagmannsretten uttalte at ”boets aktiva ble ikke påvirket av det oppgjør som fant sted, og som begrenset seg til å være et skifte på kreditorsiden”⁹³. Lignende betraktninger fremkommer også av RG 1990 s 133.

I den nevnte dom fra Eidsivating var et moment av vekt at trekket var begått på en negativ kassakredittkonto og at beløpet således ikke kunne nyttiggjøres av kreditorfellesskapet. Lagmannsretten anla det syn at en omstøtelsesadgang ville medføre at boet nå fikk tilgang til beløpet slik at aktivastillingen økte med 50.000 kr. Dette ville virke urimelig om boet ville få tilgang til midler som de ikke skulle ha hatt.

Men ved trekk på en kassakreditt kan debitor i de fleste tilfeller disponere midlene slik han vil. Det vil som oftest ikke være en rådighetsbegrensning slik som diskutert før i oppgaven. Det vil jo da si at når debitor foretar et trekk på en negativ kassakredittkonto så står han fritt til å innfri ovenfor en enkelt kreditor eller å la penger gå til kreditorfellesskapet. Når først debitor har foretatt et trekk på kassakreditten, vil jo dette ha vært midler som hadde vært tilgjengelige for boet hvis ikke disse hadde vært anvendt til gjeldsinnfrielsen. Det anlegges således et isolert syn på debtors gjeldsinnfrielse. Således kan vi si at boet har lidt tap. Et slikt syn står i sterk kontrast til de synspunkter som fremkom av underrettspraksis som gjengitt ovenfor.

En viss avklaring av rettsstilstanden får vi gjennom Rt 1995 s 222 ”Direkte Reklame” - saken og Rt 1995 s 259 ”Palonen” - saken.

I ”Direkte Reklame” var tilfellet at to innbetalinger av skattetrekk foretatt av debitor ved trekk på en negativ kassakreditt forut for konkurs ble omstøtt i medhold av dekl. § 5-5 første ledd tredje alternativ. Begge terminbeløp ble betalt 12 dager før fristdagen, henholdsvis 4 og 2 måneder etter forfall. Disse ble ansett ekstraordinære.

Spørsmålet som Høyesterett skulle ta stilling til i ”Direkte Reklame” var om en innfrielse foretatt ved trekk på en negativ kassakreditt kunne ha ”betydelig forringet skyldnerens betalingsevne” jfr dekl. § 5-5 første ledd tredje alternativ.

Ankemotparten i den nevnte sak anførte at tap var et vilkår etter bestemmelsen og at et trekk på en negativ kassakreditt ikke medførte noe tap da dette kun var et kreditorskifte.⁹⁴

Førstvoterende dommer Coward slo fast at vilkåret i bestemmelsen var oppfylt når man trekker på en kassakreditt selv om denne har en negativ saldo når trekket blir foretatt. Førstvoterende anfører således at hun finner det ”kunstig og se en slik betaling som et kreditorskifte som ikke innebærer tap”. Hun presiserer således at en kassakreditt kan disponeres ”fritt” av debitor og at den riktigste betraktningssmåten vil være å likestille trekk på denne med betaling av likvide midler. Boet hadde dermed lidt et tap, dermed ble ikke et tapsvilkår diskutert.

De betraktninger som førstvoterende her kommer med bygger på at disposisjonene skal ses isolert slik at de anses som to adskilte handlinger. Når debitor trekker på kassakreditten, blir kreditten frigjort til fri disposisjon for debitor slik at den blir å anse som et beslagbart aktivum. Når debitor da foretar en gjeldsbetaling, vil dette medføre at boet lider tap på lik linje som om innfrielsen hadde blitt gjort med annen tilgjengelig aktiva i bomassen.

En slik oppsplitting av transaksjonen ville kanskje ha stilt seg annerledes i de tilfeller der eksempelvis banken hadde knyttet spesifikke betingelser til ytterligere trekk på kreditten. Det kunne da ikke sies at debitor kunne disponert beløpet ”fritt”.⁹⁵ Et slikt synspunkt ble anført i Rt 1995 s 259. Denne avgjørelse diskuterer om det foreligger tap i relasjon til dekl. § 5-9, men anses å ha relevans da problematikken stiller seg likt som i ”Direkte Reklame”. Her ble det gjort gjeldene at overtrekket på kassakreditten var akseptert fra

⁹⁴ Sammenfatning av hovedanførsler fra ankemotparten Bergen kommune gjengitt i Rt 1995.222 ”Direkte Reklame”

⁹⁵ Et slikt synspunkt aktualiseres i tilknytning til kapittel 2.6 ”Debitors betaling ved kredittytelse fra tredjemann”

bankens side til innfrielse ovenfor en kreditor. Retten drøftet ikke om det i dette tilfelle skulle være en unntaksregel for et slikt tilfelle. Dette da retten ikke fant bevis for at slik binding fra bankens side forelå. Retten slo derfor fast i likhet med resultatet i ”Direkte Reklame” at et trekk på en negativ kassakredittkonto vil resultere i at boet blir tapslidende.

Etter mitt skjønn viser de nevnte dommer at Høyesterett her har unnveket å anlegge en transaksjonsbetraktning slik at tapsproblematikken ikke har blitt aktualisert eller avklart i relasjon til typetilfellet.

2.6 Debitors betaling ved en kredittytelse fra tredjemann.

Det kan tenkes tilfeller der debitor innfrir en usikret kreditor fullt ut med beløp som han har fått ved låneopptak hos tredjemann. Hvis lånet hos tredjemann ikke er mer belastende enn det tidligere lånet hos kreditor, kan det sies at boet ikke har lidt noe tap ved innfrielsen, ut i fra at aktivastillingen i boet nå er uendret. Boet kunne ikke under noen omstendigheter tatt dekning i den aktuelle lånemulighet som forelå hos tredjemann. Det kan da hevdes at det som i realiteten har skjedd er ett kreditorskifte som i utgangspunktet ikke har forverret kreditorenes dekningsutsikter.⁹⁶

Likhetstrekket mellom det nevnte typetilfellet og tilfellet der debitor innfrir kreditor ved trekk på en negativ kassakreditt er således fremtredende. I forrige kapittel ble det vist til Høyesterett som slo fast at et slikt tilfelle vil kunne omstøtes ved å anlegge en isolert betraktning på debitors innfrielse.⁹⁷ Med en slik isolert betraktning vil ikke tapsproblematikken aktualiseres. Denne vil først aktualiseres i de tilfeller der vi kan se anskaffelsen av kreditten i sammenheng med innfrielsen til kreditor. Spørsmålet blir således om en forutsetning mellom tredjemann og debitor på anvendelsen av den ytte

⁹⁶ Se lignende synspunkter ovenfor i tilknytning til RG 1989 s 132 og RG 1990 s 133

⁹⁷ Slått fast i Rt 1995 s 222 ”Direkte Reklame”, omhandlet under kapittelet 2. 5 ”Debitors betaling ved trekk på kassakreditt”

kreditt kan være et moment for å anlegge en slik transaksjonsbetraktning.⁹⁸ Et spørsmål som da aktualiserer seg er om manglende tap for boet i slike situasjoner virker bergrensende for boets omstøtelsesadgang i medhold av de objektive regler?

Det kan første slås fast at berikelsesregelen i dekl. § 5-11 ikke overfor kreditor kan hindre omstøtelse. Kreditor mottar her gjennom tredjemanns intervensjonsbetaling som går via debitor full innfrielse for sin usikrede fordring i stedet for et vanlig dividendekrav. Denne innfrielse utgjør en "berikelse" jfr dekl. § 5-11 som må fralegges. Det slås dermed fast at berikelsesregelen ikke kan komme betalingsmottageren til unnsetning i dette tilfellet.

I mange tilfelle vil tredjemann ved kredittytelsen stille som betingelse at debitor innfrir en bestemt kreditor med den ytte kreditt. La oss tenke oss at en tredjemann har betydelige midler utestående hos debitor. Da han har forhåpninger om bedre tider for debitor yter han debitor et lån som er øremerket til innfrielse av et skattekrav. Grunnen til at tredjemann her stiller kapital til debtors disposisjon er for å avverge en eventuell konkursbegjæring fra pågående skattekreditorer. At tredjemann lar pengene gå igjennom debitor og ikke "rundt" hans sfære er begrunnet i at tredjemann ikke nødvendigvis ønsker å vise sin intervensjon utad.⁹⁹

Det kan tenkes flere tilfeller der debitor har avtalefestet at den mottatte usikrede kreditt fra tredjemann skal anvendes til innfrielse av bestemte uprioriterte fordringer.

En far som yter debitor et usikret lån under den forutsetning av at debitor anvender beløpet til innfrielse av sønnens utestående. Faren vil her oppnå at sønnen får full innfrielse og at risikoen for en eventuell konkurs forflyttes fra sønnen til han selv.¹⁰⁰

Når tredjemann har knyttet en slik rådighetsbegrensning til bruken av pengene, vil det ikke kunne være naturlig å si at debitor står "fritt" til å anvende disse på annen måte. Det vil

Spørsmålstillingen er introdusert avslutningsvis i kapittel 2.5

⁹⁹ Eksempel diskutert fram i møte med veileder.

¹⁰⁰ Eksempel noe modifisert etter Reidar Myhres eksempel i TfR 1992 s 115

således være kunstig å betrakte kreditten på lik linje som annen tilgjengelig aktiva i debtors sfære.¹⁰¹

Reidar Myhre betrakter således debtors rolle i dette tilfelle kun som en ”ordinær betalingsformidler”.¹⁰² Gode grunner taler derfor å anlegge en samlet transaksjonsbetraktning i et tilfelle som dette. Vi ser da anskaffelsen og innfrielsen ovenfor kreditor i sammenheng slik at boet ikke har blitt skadelidende ved debtors innfrielse overfor kreditor. Hvis ikke debitor hadde anvendt kreditten på den betingelse tredjemann forutsatte, hadde ikke denne blitt gitt fra kreditor slik at debitor ikke kunne disponert over denne. Forholdet kan betraktes som svært likt disposisjoner begått med beslagsfrie midler som omtalt ovenfor.¹⁰³

Et annet argument som taler for å anlegge en transaksjonsbetraktning i de tilfeller tredjemann har knyttet rådighetsbegrensninger til den ytte kreditt, er at et kreditorskifte kunne ha vært ordnet direkte mellom kreditorene i form av en cesjon av kreditors fordring. Boet ville da ikke kunne rørt en slik disposisjon. Det vil således virke noe urimelig om boet blir gitt en slik omstøtelsesadgang hvis oppgjøret finner sted via debtors formuessfære.

Spørsmålet blir således om en slik samlet transaksjon er uomstøtelig i henhold til de objektive regler med den begrunnelse av at boet ikke har lidt tap?

Det legges til grunn i relasjon til dekl. § 5-5 tredje alternativ at det er på det rene at tredjemanns ytte kreditt er betinget av debtors gjeldsinnfrielse og at den ytte kreditt således ikke ellers ville kommet kreditorfellesskapet til gode. Det kan da sies at det kun har skjedd et kreditorskifte slik at likviditetsbeholdningen i boet forblir konstant. Omstøtelse kan da direkte hjemles i lovens ordlyd.

¹⁰¹ Motsetningsvis av Rt 1995.222 ”Direkte Reklame”.

¹⁰² Begrep hentet fra Reidar Myhres artikkel i TfR 1992 s 115

¹⁰³ Tilgjengelighetssynspunkt diskutert under kapittel 2.4

Spørsmålet om omstøtelse stiller seg således likt i dette typetilfellet som eksemplet som nevnes i forarbeidene der den samme kreditor får nedbetalt sin gjeld mot ny kreditttilførsel til debitor.¹⁰⁴ Her skulle typetilfellet anses som ”en transaksjon” der kreditor ved gjeldsinnfrielsen yter ny kreditt. Et slikt tilfelle var ordinært og uomstøtelig. I de tilfeller der den nye kreditt ikke ytes av den ”samme” kreditor slik forarbeidene oppstiller, men i stedet ytes av tredjemann vil her etter mitt skjønn ikke innebære noen endring på transaksjon og omstøtelsesspørsmålet. Den betingede kreditt hadde aldri kommet boet til gode hvis ikke debitor hadde anvendt dette beløp til innfrielse ovenfor den usikrede kreditor. Boets totale likviditetsstilling forblir etter dette uendret. Det vil da ikke kunne sies at debtors innfrielse ovenfor kreditor vil ha ”forringet” hans betalingsevne. En ”forringelse” vil først kunne skje der tredjemanns kreditt er vesenlig lavere enn verdien av debtors innfrielse ovenfor kreditor. Kun i det tilfellet kan vi si at boet har lidt tap på disposisjonen.

En innvending mot et slikt synspunkt som ble anlagt i forrige avsnitt vil være at det åpnes for en bevisførsel omkring forutsetningene mellom tredjemann og debitor som kan virke prosesskapende. Boet pålegges dermed en bevisbyrde for at en slik binding ikke forelå ved kredittgivningen fra tredjemann. Etter mitt skjønn er et slikt bevismoment konstatert i motsetning til tilfellet der bevismomentet er debtors hypotetiske betalingsvilje som diskutert i kapittel 2.2. Et bevistema av denne art ligger således innenfor rammen av de bevismomenter som kan tillates innefor de objektive regler. Det kan nevnes at boet i tilknytning til første alternativ i dekl. § 5-5 har bevisbyrden for at betalingsmiddelet ikke var avtalt mellom partene slik at det må anses som et usedvanlig betalingsmiddel. Et slikt bevistema skiller seg ikke nevneverdig fra et bevistema tilknyttet forholdet mellom tredjemann og debitor.

I henhold til dekl. § 5-5 annet alternativ fremkommer det et unntak for de tilfeller der den premature betaling ikke påfører kreditorene noe tap. I tråd med det som ble lagt til grunn

¹⁰⁴ Dette eksempel er hentet fra Ot prp nr 50 s 167. Dette eksempel er også omhandlet under kapittel 2.3 sjette avsnitt.

ovenfor i relasjon til ordinærreservasjonen vil et lån på samme vilkår i dette tilfellet være å anse som uomstøtelig.¹⁰⁵ At gjeldskonverteringen skjer ved et betinget låneopptak fra tredjemann i stedet for av den innfridde kreditor utgjør innen realitetsendring. På dette punkt vil typetilfellet stille seg likt som omtalt under kapittel 2.1.5 og 2.3.

De reelle hensyn taler også for uomstøtelighet i dette tilfellet. Det vil virke svært urimelig om boet kunne omstøte en slik transaksjon. Boet ville i dette tilfellet kunne omstøte debtors innfrielse samt trukket inn tredjemanns betingede kredittytelse i boets dividende grunnlag. Boet vil da bli bedre stilt enn tilfellet ville vært om tredjemann ikke hadde ytt den betingede kreditt.

Boet må således ha lidt tap for å omstøte etter dekl. § 5-5 første ledd andre og tredje alternativ.

3 Typetilfeller etter omstøtelsesregelen i dekl. § 5-7.

3.1 Konvertering av pant

Problemstillingen om boet må lide tap for å omstøte på objektivt grunnlag knytter seg ikke kun til bestemmelsen i dekl. § 5-5. Denne tapsproblematikken aktualiseres også i relasjon til dekl. § 5-7.

Pantsettelse og annen sikkerhetsstillelse for eldre gjeld kan omstøtes etter dekl. § 5-7. Denne bestemmelse dekker to konkrete forhold som henholdsvis er angitt i bestemmelsen. Første alternativ vedrører det forhold der gjeldsstiftelsen og sikkerhetsstillelsen skjer ved individuelle avtaler, adskilt i tid.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Se drøftelse vedrørende annet alternativ i avhandlingens kapittel 2.5.

¹⁰⁶ Informasjon innhentet Pål B Børresen, Konkurs s 166.

La oss tenke oss at kreditor har ytt debitor en usikret kreditt. Da debitor et år senere ser at hans økonomi er svekket avtaler han med kreditor at den utestående kreditt nå sikres ved pant i en av debtors eiendeler. Kreditor oppnår dermed stillingen som separatistberettiget istedenfor dividendeberettiget slik hans situasjon var før debtors sikkerhetsstillelse. Ved at debitor ved en slik ensidig disposisjon sikrer kreditor fullt ut vil klart medføre et tap for boet. Dette tapet vil utgjøre den differanse mellom den dividende som var påregnelig for kreditoren og verdien av den sikkerhetsstillelse han nå besitter.

En slik disposisjon fra debtors side vil rammes av alternativets ordlyd og kan omstøtes i medhold av dekn. § 5-7.

Men la oss plassere typetilfellet i en annen situasjon som vil kunne aktualisere tapsproblematikken. La oss tenke oss at kreditor fra opprinnelsen var separatistberettiget og nå foretar en ombytting ved at han flytter sin sikkerhet fra et gode som debitor besitter til et annet. Er godene verdimessige like vil disposisjonen vanskelig kunne sies å ha påført boet tap.

Dette kan illustreres ved følgende eksempel. Kreditor yter et lån på 100 000 kr mot sikkerhet i bilen til debitor. Når han etter en stund avtaler med debitor at sikkerheten flyttes til debtors hus, vil dette i utgangspunktet være sikkerhetsstillelse som rammes av bestemmelsen. Sikkerhetsstillelsen i huset skjer her tidsmessig etter den ytte kreditt, således vil dette være en pantsettelse for en eldre gjeldspost som i utgangspunktet rammes av dekn. § 5-7. Dette på tross av at boet ikke kan sies å ha lidt et tap.

Spørsmålet blir således om vi ved et slikt typetilfelle skal anlegge en isolert betraktning av den nye pantestillelse, eller om vi skal se denne i sammenheng med den tidligere sikkerhetsstillelse slik at omstøtelse er utelukket.

Ordlyden i deknl. § 5-7 første ledd litra a gir ingen veiledning om hvilken betraktning som skal legges til grunn. Forarbeidene uttaler således at ”utkastet gir ikke nærmere regler om virkningen av at et pant blir byttet om med en nytt pant”¹⁰⁷

I Rt 1889 s 817 slo Høyesterett fast i relasjon til kkl.1883 § 45 at et tilsvarende tilfelle måtte anses uomstøtelig da den ombytting som hadde skjedd ikke medførte noen begunstigelse for kreditor gjennom bedre sikkerhet. Retten anla her en samlet betraktning der den tidligere sikkerhetsstillelse også inngikk i vurderingen.¹⁰⁸ Tilfellet der det var foretatt en ombytting av panteobjekter falt således utenfor bestemmelsens formål. Et slikt syn fremkommer også av Eidsivating lagmannsretts dom gjengitt i RG 1971 s 402.

I henhold til forarbeidene vil det synspunkt som her ble etablert i relasjon til kkl.1883 § 45 ha relevans for den någjeldene bestemmelse i deknl. § 5-7.¹⁰⁹

Det kan således sies at begrunnelsen for uomstøtelighet i dette tilfellet er at disposisjonene kun innebærer en ombytting av verdier og således ikke innebærer tap for boet.¹¹⁰ Tapssynspunktet fremkommer også av Eidsivatings dom som angitt ovenfor der det uttales at ”konkursboet ikke kan sees å ha tapt noe på ombyttingen”¹¹¹

En enstemmig teori har tilsluttet seg dette synspunkt deriblant Andenæs og Huser som i likhet med ovenfor mener at det reelt sett foreligger ombytting slik at deknl. § 5-7 ikke er anvendelig.¹¹²

Omstøtelsesadgangen i dette tilfellet kan også direkte hjemles etter berikelsesregelen i deknl. § 5-11. Når disposisjonene ses i sammenheng vil ikke kreditor i dette tilfelle vært

¹⁰⁷ NOU 1972:20 s 294.

¹⁰⁸ Førstvoterende uttalte i Rt 1899 s 817 ”...formentlig være mindre riktig at betrakte denne Pantsættelse isolert og se bort fra dens Sammenheng med den tidligere Pantsættelse.”

¹⁰⁹ Dette fremkommer av NOU 1972:20 s 294 nederst i høyere spalte

¹¹⁰ Reidar Myhre TfR s 127

¹¹¹ Lagmannsrettens uttalelse fremkommer av RG 1971 s 407 første avsnitt sml. Rt 1899 s 817

¹¹² Andenæs, konkurs s 271 andre spalte. Huser, gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s 399-405.

beriket ved ombyttingen, således ville heller ikke boet ha lidt noe tap.¹¹³ Det kan dermed sies at berikelsesregelen ville ha ført til det samme resultat som en innefortolkning av et tapsvilkår i bestemmelsen. Et slikt syn støttes også av Huser.

De reelle hensyn taler også for uomstøtelighet i dette tilfellet. Kreditor vil i dette tilfellet ikke ha tjent på ombyttingen og boet har dermed ikke lidt noe tap. Boet kunne dermed fått en urimelig fordel ved en omstøtelsesadgang hvis ikke kreditor kunne fått restituert sin gamle oppgitte panterett. Boet ville da kunne tatt beslag i begge pantegjenstander fullt ut noe som hadde medført at de ble bedre stilt en før omstøtelsen.

Det kan dermed slås fast at en omstøtelsesadgang for boet i dette tilfellet er betinget av et tap.

4 Konklusjon

En viktig del av oppgaven som henger i sammen med tapsproblematikken er hvilken synsvinkel som skal anvendes ved vurderingen av omstøtelsesspørsmålet. Ved en isolert betraktning av debtors disposisjoner vil som nevnt flere ganger tapsproblematikken ikke aktualiseres. Dette så vi i tilknytning til Høyesteretts vurdering av gjeldsnedbetaling ved trekk på negativ kassakreditt. Anlegges det derimot en transaksjonsvurdering der partenes totale økonomiske relasjon er momenter i omstøtelsesvurderingen vil tapsproblematikken aktualiseres. En slik transaksjonsbetraktning kommer spesielt fram i de tilfellene der tredjemann yter et betinget lån til kreditor.

Hvilken synsvinkel vi skal anlegge og i hvilke tilfeller vi skal kunne ta med andre omstendigheter en debtors disposisjon isolert ved vurderingen av omstøtelsesspørsmålet er

¹¹³ Viser til nærmere redegjørelse vedrørende berikelsesregelen i ombytingstilfeller i kapittel 2.1.2.

ikke enkelt å oppstille en generell regel for. Typetilfellene er så ulike at dette må bero på konkrete tolkninger av den konkrete situasjon.

Redegjørelsen av typetilfellene har avdekket at spørsmålsstillingen om boet må lide tap for å omstøte etter de objektive regler ikke stiller seg likt i forhold til alle typetilfellene.

Som vi blant annet så under kapittel 2.1 gjeldsnedbetaling til separatistberettiget kreditor, 2.3 kreditor yter ny kreditt i forbindelse med betalingen, 2.4 debtors disposisjoner over beslagsfrie midler og eksemplet ved konvertering av pant ble det konkludert med at det følger av reglene et tapsvilkår i slike situasjoner.

Innledningsvis ble det også fastslått at et tapsvilkår i høy grad var forenlig med de underliggende hensyn som ligger til grunn for bestemmelsene.

Men på den andre siden så kommer de objektive regler til anvendelse på situasjoner der det ikke kan sies at boet lider tap. Dette ble eksemplifisert under kapittel 2.2 ”den normale betalingstid kommer før konkursåpning”.

Dette ble hovedsakelig begrunnet ved at et tapsvilkår ikke i disse tilfellene var forenlig med de retts tekniske hensyn som ligger til grunn for de objektive regler.

”Det kan dermed slås fast at det ikke følger noe generelt tapsvilkår av de objektive omstøtelsesregler, men at dette må vurderes konkret i henhold til hvert typetilfelle” ¹¹⁴

¹¹⁴ Min egen konklusjon og utheving.

5 LITTERATURLISTE

5.1 Lover

- Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8 juni. 1984 nr 59
- Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8 juni. 1984 nr 58
- Lov nr. 298 af 8.6.1977 (Dansk konkurslov)
- Lov om Concurs og Concursboers behandling av 6.6.1883 (opphevet)

5.2 Forarbeider

- Konkurslovkomiteens innstilling NOU 1972:20 (Gjeldsforhandling og konkurs).
- Ot. Nr. 50 (1980-81) om: A) Lov om gjeldsforhandling og konkurs B) Lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttreden av ny gjeldsforhandling og konkurslovgivning m.m
- Falkangerutvalgets innstilling i NOU 1993:16
- Utvalgets innstilling til Ot.prp.nr 26 (1998-99)

5.3 Dommer

5.3.1 Høyesterett

- Rt 1899 s 817
- Rt 1982 s 1232 ”Ruud og Ziener 1”
- Rt 1995 s 222 ”Direkte Reklame”
- Rt 1995 s 259 ”Palonen”
- Rt 1995 s 285
- Rt 1996 s 1647
- Rt 1997 s 1623 ”Royal Christiania”
- Rt 1999 s 64 ”Teamco”

5.3.2 Lagmannsrett

- RG 1971 s 402 (Eidsivating lagmannsrett)
- RG 1989 s 132 (Eidsivating lagmannsrett)
- RG 1990 s 133 (Moss Byrett)

5.4 Juridisk teori

- Johansen, Johnny - LoR 1996 s 233-243
- Myhre, Reidar - Tidsskrift for Rettsvitenskap(TfR) 1992 s 84-151
- Huser, Kristian- Gjeldsforhandling & Konkurs bind 3
- Huser, Kristian- Gjeldsforhandling & Konkurs bind 1
- Børresen, Pål B- Konkurs 4 utg.
- Arne Tjaum og Jan Einar Barbo- Dommer i materiell konkursrett med kommentarer 2 utg.
- Arne Tjaum og Jan Einar Barbo- Lovkommentarer til dekningsloven av 08.06.1984 nr 59.
- Andenæs, Mads Henry- Konkurs 2 utgave Oslo 1999.
- G. Walin og E. Palmer- Konkurslagen 1, Norstedts Laghandböcker.
- Brækhus, Sjur- Konkursrett utvalgte emner 1969
- Hagerup, Francis- Konkurs og Akkordforhandling, Kristiania 1901

